

Der trassiert-eigene Bankcheck

Analyse der besonderen Rechtsprobleme
im Zusammenhang mit der Verwendung des
trassiert-eigenen Bankchecks als Zahlungsmittel

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Thomas Hammer

von Solothurn und Olten SO

genehmigt auf Antrag der Herren
PD Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
Prof. Dr. Max Keller

Der trassiert-eigene Bankcheck

Analyse der besonderen Rechtsprobleme
im Zusammenhang mit der Verwendung des
trassiert-eigenen Bankchecks als Zahlungsmittel

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Thomas Hammer

von Solothurn und Olten SO

genehmigt auf Antrag der Herren
PD Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger
Prof. Dr. Max Keller

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1982

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 66 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität
Zürich von Prof. Dr. Peter Forstmoser



Dank

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger für die Unterstützung und die grosse Freiheit, die er mir bei der Ausarbeitung der vorliegenden Arbeit gewährte, ganz herzlich danken. Zu grossem Dank bin ich sodann Herrn Dr. iur. Christian Thalmann verpflichtet, der mich zur Wahl des Themas anregte. Mein besonderer Dank richtet sich ausserdem an Herrn Prof. Dr. iur. Max Keller, Herrn Dr. iur. Hannes Glaus, Herrn lic. iur. Conrad Stampfli und schliesslich an alle, die meine Studie mit wertvollen Ratschlägen und Anregungen gefördert haben.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsübersicht

Detailliertes Inhaltsverzeichnis	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXV

Einleitung	1
------------	---

Erster Teil

Die Grundlagen des Verkehrs mit trassiert-eigenen Bankchecks	3
§ 1 Terminologische Übersicht	5
<i>1. Kapitel: Faktische Grundlagen</i>	6
§ 2 Zweck und wirtschaftliche Bedeutung des Bankchecks	6
§ 3 Die Entwicklung des trassiert-eigenen Bankchecks	15
<i>2. Kapitel: Rechtliche Grundlagen</i>	18
1. Abschnitt: Die Checkeigenschaft des trassiert-eigenen Bankchecks	18
§ 4 Einleitung	18
§ 5 Die gesetzliche Grundlage des trassiert-eigenen Bankchecks	19
§ 6 Das Vorliegen der formellen Checkerfordernisse	20
§ 7 Die Eignung des trassiert-eigenen Bankchecks als Check nach den materiellen Bestimmungen des Checkgesetzes	22
2. Abschnitt: Die Grundverhältnisse	42
§ 8 Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem ersten Nehmer (Valutaverhältnis) und die Checkbegebung	43
§ 9 Das Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Nehmer	52
3. Abschnitt: Abgrenzung gegenüber verwandten Rechtsinstituten	61
§ 10 Vergleich mit dem Reisecheck vom Typ AMEXCO	62
§ 11 Vergleich mit dem Checkkartencheck (Eurocheck)	74

Zweiter Teil

Analyse des Rechtsverhältnisses zwischen dem Besteller und der Bank (Bankcheckausstellungsvertrag)	89
§ 12 Einleitung	91
<i>1. Kapitel: Faktische Grundlagen</i>	92
§ 13	92
<i>2. Kapitel: Die Rechtsnatur des Bankcheckausstellungsvertrages</i>	93
§ 14 Einleitende Bemerkungen	93
§ 15 Begriff des Bankcheckausstellungsvertrages	94
§ 16 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Kauf	98
§ 17 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Arbeitsleistungsvertrag	101
§ 18 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Innominatvertrag	109
<i>3. Kapitel: Probleme bei der Vertragsentstehung</i>	117
§ 19 Konsens	117
§ 20 Störungen beim Vertragsabschluss	118
§ 21 Verfügungsberechtigung, Vollmacht, Handlungsfähigkeit, Unterschriften- und Legitimationsprüfung	125
<i>4. Kapitel: Probleme der Vertragswirkungen</i>	126
1. Abschnitt: Die Rechtsstellung der Bank	126
§ 22 Die Pflicht zur Checkausstellung	126
§ 23 Die Pflicht zur Checkeinlösung	130
2. Abschnitt: Die Rechtsstellung des Bestellers	153
§ 24 Die Pflichten des Bestellers	153
§ 25 Obliegenheiten	154
<i>5. Kapitel: Probleme der Vertragsbeendigung</i>	155
§ 26 Gehörige Erfüllung und unverschuldete Nichterfüllung	155
§ 27 Ausserordentliche Beendigung	156

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1
Erster Teil	
Die Grundlagen des Verkehrs mit trassiert-eigenen Bankchecks	3
§ 1 Terminologische Übersicht	5
<i>1. Kapitel: Faktische Grundlagen</i>	<i>6</i>
§ 2 Zweck und wirtschaftliche Bedeutung des Bankchecks	6
I. Das Interesse des Kunden	6
1. Zahlungsmittel	6
2. Sonstige Verwendungszwecke	8
II. Das Interesse der Bank	9
1. Im allgemeinen	9
2. Der Bankcheck als Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs	9
III. Reale Erscheinungsformen	10
1. Unterscheidung bezüglich des Bezogenen	11
a) Der trassiert-eigene Bankcheck	11
b) Der auf eine Drittbank gezogene Bankcheck	11
2. Unterscheidung bezüglich der wertpapierrechtlichen Natur	12
a) Orderchecks	12
b) Namen- und Inhaberchecks	12
3. Unterscheidung nach der Einlösungsart	13
IV. Der Erwerb und die Einlösung von Bankchecks _a	13
1. Der Erwerb	13
2. Die Einlösung	14
§ 3 Die Entwicklung des trassiert-eigenen Bankchecks	15
<i>2. Kapitel: Rechtliche Grundlagen</i>	<i>18</i>
1. Abschnitt: Die Checkeigenschaft des trassiert-eigenen Bankchecks	18

§ 4	Einleitung	18
§ 5	Die gesetzliche Grundlage des trassiert-eigenen Bankchecks	19
§ 6	Das Vorliegen der formellen Checkerfordernisse	20
§ 7	Die Eignung des trassiert-eigenen Bankchecks als Check nach den materiellen Bestimmungen des Checkgesetzes	22
I.	Die Eigenanweisung des Ausstellers	22
1.	Einleitung	22
2.	Die Anweisung im Sinne der Art. 466ff. OR	22
3.	Die Besonderheiten der checkrechtlichen Anweisung	23
a)	Allgemeines	23
b)	In formeller Hinsicht	24
c)	In materieller Hinsicht	25
4.	Zusammenfassung	27
II.	Die Deckungsbeweis-Eigenschaft	27
III.	Der trassiert-eigene Check und das Annahmeverbot (Art. 1104 OR)	29
1.	Einleitung	29
2.	Die Krediteigenschaft des trassiert-eigenen Bankchecks	30
3.	Vergleich mit der Banknote	32
4.	Ergebnis	33
IV.	Der trassiert-eigene Bankcheck und die Vorlegungsfrist	34
1.	Das Problem	34
2.	Folgen der Bindung des trassiert-eigenen Bankchecks an die Vorlegungsfrist	34
3.	Auslegung von Art. 1116 OR	36
a)	Die Auslegung des Genfer einheitlichen Wechsel- und Checkrechts	36
b)	Historische Auslegung	37
c)	Teleologische Auslegung	38
d)	Realistische Auslegung	40
4.	Folgerungen	41
a)	Keine Gesetzeslücke	41
b)	Die Vordatierung	42
c)	De lege ferenda	42
2. Abschnitt:	Die Grundverhältnisse	42
§ 8	Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem ersten Nehmer (Valutaverhältnis) und die Checkbegebung	43
I.	Besonderheiten gegenüber dem Valutaverhältnis beim Kundencheck	43
II.	Die Begebung von Checks im allgemeinen	44
1.	Die Wertpapierrechtstheorien	44
2.	Der Begebungsvertrag	45
a)	Rechtliche Qualifizierung nach der deutschen Lehre	45
b)	Kritik	47
III.	Die Begebung von trassiert-eigenen Bankchecks	48
1.	Probleme bei der Checkbegebung	48
2.	Ergebnis	50

§ 9 Das Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Nehmer 52

I.	Allgemeines	52
II.	Der trassiert-eigene Bankcheck als Leistungsobjekt einer Geldschuld	53
1.	Der Begriff des Geldes	53
a)	Einleitung	53
b)	Die Funktion des Geldes	53
c)	Die rechtliche Funktion als Zahlungsmittel im Besonderen	55
2.	Folgerungen für den trassiert-eigenen Bankcheck	57
a)	In wirtschaftlicher Hinsicht	57
b)	In rechtlicher Hinsicht	58
3.	Die rechtlichen Wirkungen einer Zahlung durch trassiert-eigenen Bankcheck	59
a)	Leistung an Erfüllungstat oder erfüllungshalber	59
b)	Eintritt der Erfüllungswirkung	60
aa)	Hingabe an Erfüllungstat	60
bb)	Hingabe erfüllungshalber	60
c)	Die Gefahrtragung	61
aa)	Hingabe an Erfüllungstat	61
bb)	Hingabe erfüllungshalber	61

3. Abschnitt: Abgrenzung gegenüber verwandten Rechtsinstituten 61

§ 10 Vergleich mit dem Reisecheck vom TYP AMEXCO 62

I.	Einleitung	62
II.	Der AMEXCO Traveler-Check	63
1.	Verfahren und wirtschaftliche Bedeutung	63
a)	Verfahren	63
b)	Wirtschaftliche Bedeutung	63
2.	Rechtliche Grundlagen	64
a)	Einleitende Bemerkungen	64
b)	Anwendbares Recht	65
c)	Beurteilung nach amerikanischem Recht	66
d)	Die Besonderheiten der AMEXCO Traveler-Checks	67
aa)	Die rechtliche Stellung des Erstnehmers (Erwerber)	68
bb)	Die rechtliche Stellung des Drittnähmers	69
e)	Kollisionsrechtliche Anmerkung	70
III.	Vergleich mit dem trassiert-eigenen Bankcheck	71
1.	In wirtschaftlicher Hinsicht	71
a)	Das Interesse des Kunden	71
b)	Das Interesse der Banken	72
2.	In rechtlicher Hinsicht	72
a)	Formelles	72
b)	Materielles	72
aa)	Bezüglich der Stellung des Erstnehmers	72
bb)	Bezüglich der Stellung der Drittnnehmer	73

§ 11 Vergleich mit dem Checkkartencheck (Eurocheck)	74
I. Der Checkkartencheck	74
1. Bedeutung in wirtschaftlicher Hinsicht	74
2. Die Bedeutung der Checkkartenabrede in rechtlicher Hinsicht	75
a) Die Vereinbarkeit mit dem Annahmeverbot	75
b) Die Rechtsnatur der Einlösungsverpflichtung gegenüber dem Check- nehmer	76
c) Übersicht über die Einreden der bezogenen Bank	79
aa) Unzulässige Einreden	79
bb) Zulässige Einreden	80
II. Vergleich des trassiert-eigenen Bankchecks mit dem Checkkartencheck	83
1. In wirtschaftlicher Hinsicht	83
2. Rechtlicher Vergleich anhand der Zahlungspflicht der Bank	83
a) Entstehen der Zahlungspflicht	83
b) Einredemöglichkeiten der verpflichteten Bank	84
aa) Unzulässige Einreden	84
bb) Zulässige Einreden	86
c) Ergebnis	87

Zweiter Teil

Analyse des Rechtsverhältnisses zwischen dem Besteller und der Bank (Bankcheckausstellungsvertrag)	89
---	----

§ 12 Einleitung	91
-----------------	----

<i>1. Kapitel: Faktische Grundlagen</i>	92
---	----

§ 13	92
------	----

<i>2. Kapitel: Die Rechtsnatur des Bankcheckausstellungsvertrages</i>	93
---	----

§ 14 Einleitende Bemerkungen	93
------------------------------	----

§ 15 Begriff des Bankcheckausstellungsvertrages	94
---	----

I. Der Vertragsinhalt	94
II. Analyse der vertraglich vereinbarten Leistungen	96
1. Der Bankcheckausstellungsvertrag als wesentlich zweiseitiger Vertrag	96
2. Analyse der vertraglich vereinbarten Leistungen im einzelnen	96
III. Definition des Bankcheckausstellungsvertrages	97

§ 16 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Kauf	98
I. Definition und Analyse des Kaufvertrags	98
1. Definition	98
2. Analyse	98
II. Vergleich mit dem Kaufvertrag	98
III. Ergebnis	100
§ 17 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Arbeitsleistungsvertrag	101
I. Einleitung	101
II. Rechtsprechung und Literatur zur Rechtsnatur des Kundencheckvertrags	101
1. Rechtsprechung	101
2. Lehre	102
III. Der Bankcheckausstellungsvertrag als Werkvertrag	103
1. Definition und Analyse des Werkvertrages	103
a) Definition	103
b) Analyse	103
2. Vergleich mit dem Werkvertrag	104
a) Die Pflicht zur Checkausstellung	104
b) Die Pflicht zur Checkeinlösung	104
3. Ergebnis	104
IV. Der Bankcheckausstellungsvertrag als Auftrag	105
1. Innominatverträge im Bereich der Arbeitsleistungsverträge	105
2. Definition und Analyse des Auftrags	105
a) Definition	105
b) Analyse	105
3. Vergleich mit dem Auftrag	106
4. Ergebnis	108
§ 18 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Innominatvertrag	109
I. Einleitung	109
II. Die Rechtsanwendung bei Innominatverträgen	110
III. Die Rechtsanwendung beim Bankcheckausstellungsvertrag	111
1. Der Bankcheckausstellungsvertrag als verkehrstypischer Innominatvertrag	111
2. Vereinbarungen der Parteien	111
a) Mündliche Vereinbarungen	111
b) Allgemeine Geschäftsbedingungen	112
aa) Voraussetzungen für die Verbindlichkeit der AGB	112
bb) Anwendbarkeit der AGB in materieller Hinsicht	113
3. Zwingendes Recht	114
4. Dispositives Recht	115
3. Kapitel: Probleme bei der Vertragsentstehung	117
§ 19 Konsens	117

§ 20 Störungen beim Vertragsabschluss	118
I. Irrtum	118
1. Der Tatbestand	118
a) Erklärungsirrtum	118
b) Grundlagenirrtum	118
2. Die Wirkungen des Irrtums	119
a) Einleitende Bemerkungen	119
b) Die Wirkungen	121
II. Täuschung und Furchterregung	123
1. Der Tatbestand	123
2. Die Wirkungen von Täuschung und Furchterregung	124
§ 21 Verfügungsberechtigung, Vollmacht, Handlungsfähigkeit, Unterschriften- und Legitimationsprüfung	125
<i>4. Kapitel: Probleme der Vertragswirkungen</i>	126
1. Abschnitt: Die Rechtsstellung der Bank	126
§ 22 Die Pflicht zur Checkausstellung	126
I. Gehörige Erfüllung	126
II. Rechtsfolgen nichtgehöriger Erfüllung	127
§ 23 Die Pflicht zur Checkeinlösung	130
I. Die Eigenart der Checkeinlösung	130
II. Die Dauer der Einlösungspflicht	130
1. Einleitung	130
2. Die Einlösungspflicht während der Vorlegungsfrist	131
3. Die Einlösungspflicht vom Ablauf der Vorlegungsfrist bis zur Verjährung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung	132
a) Das check- und wechselrechtliche Bereicherungsrecht	132
b) Folgerungen für den Bankcheckausstellungsvertrag	135
4. Die Einlösungspflicht nach Verjährung des Bereicherungsanspruchs	135
III. Gehörige Erfüllung	137
1. Einleitende Bemerkungen	137
2. Die Prüfungspflichten hinsichtlich der formellen und der materiellen Berechtigung des Einreichers	137
a) Einleitende Bemerkungen	137
b) Die Prüfung der wertpapierrechtlichen Legitimation (formelle Berechtigung)	138
c) Die Prüfung der materiellen Berechtigung	139
d) Das von der Bank geforderte Mass an Sorgfalt	140
aa) Auf Grund der AGB	140
bb) Auf Grund von Gesetzesrecht	141
cc) Konkretisierung der Sorgfaltspflicht	144
3. Die Prüfungspflichten hinsichtlich der Echtheit des Checks	146
4. Sonstige Pflichten	148

IV. Rechtsfolgen der Nichterfüllung	148
1. Verschulden der Bank	148
a) Bei Nichteinlösung des Checks	148
b) Bei Checkeinlösung	151
2. Fehlendes Verschulden der Bank	151
a) Bei Checkeinlösung	151
b) Bei Nichteinlösung des Checks	152
c) Unverschuldete Unmöglichkeit	152
 2. Abschnitt: Die Rechtsstellung des Bestellers	 153
§ 24 Die Pflichten des Bestellers	153
§ 25 Obliegenheiten	154
 5. Kapitel: Probleme der Vertragsbeendigung	 155
§ 26 Gehörige Erfüllung und unverschuldete Nichterfüllung	155
§ 27 Ausserordentliche Beendigung	156
I. Gerichtliche Kraftloserklärung	156
1. Die Antragsberechtigung zur Kraftloserklärung	156
a) Der Checknehmer	156
b) Der Besteller	156
2. Die Wirkungen auf den Bankcheckausstellungsvertrag	157
a) Bei Vorlegung des Checks	157
b) Bei Kraftloserklärungsurteil	158
aa) Bei Aktivlegitimation des Nehmers	158
bb) Bei Aktivlegitimation des Bestellers	159
3. Nachteile des Kraftloserklärungsverfahrens	160
II. Checkwiderruf	161
1. Der Checkwiderruf im allgemeinen	161
2. Der Widerruf beim trassiert-eigenen Bankcheck	161
a) Das Problem	161
b) Widerruf auf Grund gegenseitiger Übereinkunft mit dem Besteller	162
aa) Einleitung	162
bb) Voraussetzungen des Widerrufs	163
cc) Rechtsnatur der Vereinbarung	164

Literaturverzeichnis

Die im folgenden aufgeführten Werke werden grundsätzlich nur mit dem Verfassernamen zitiert, bei mehreren Publikationen des gleichen Autors mit einem im Literaturverzeichnis angeführten Zusatz. Die in Periodika erschienenen Schriften werden immer mit Angabe der Zeitschrift zitiert. Weitere Literaturhinweise in den Fussnoten.

Albisetti/Bodmer/Boemle/Gsell/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. A., Thun 1977 (zit.: Albisetti/Bodmer).

Aubert/Kernen/Schoenle, Das Schweizerische Bankgeheimnis, Bern 1978 (zit.: Aubert/Kernen/Schoenle, Bankgeheimnis).

Auckenthaler Jörg, Das Verbot des Checkakzeptes; Seine Problematik und Durchführung, Diss. Basel 1958.

Avancini Peter, Die Scheckkarte der österreichischen Kreditinstitute, in: OeBank-A 1970, S. 52 ff., 84 ff.

Baudenbacher Carl, Suggestivwerbung und Lauterbarkeitsrecht, Diss. Bern 1978.

Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen, 13. A., München 1981.

Becker Hermann, Berner Kommentar; Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 2. A., Bern 1941.

Berger Fritz, Die Rechtsnatur von Check und Checkvertrag nach schweizerischem Obligationenrechte, Diss. Basel 1927.

Bodmer/Buomberger/Dubs/Mast/Puentener/Jacques/Schuster/Thomann, Allgemeine bank- und volkswirtschaftliche Kenntnisse, Zürich 1978 (zit.: Bodmer/Buomberger/Dubs).

Borkowsky/Moosmann, Kleiner Merkur; Recht, 2. A., Zürich 1980.

Breit James, Die Grundlagen des internen Scheckrechts, in: ZHR 64, S. 445 ff.

Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht; Allgemeiner Teil, Zürich 1979.

— Skriptum zum Obligationenrecht; Besonderer Teil, Zürich 1981 (zit.: Bucher, Skriptum OR bes. Teil).

von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht; Besonderer Teil, Zürich 1972 (zit.: von Büren).

von Büren René, La responsabilité du banquier pour le paiement de chèques faux ou falsifiés, Diss. Lausanne 1939 (zit.: von Büren R.).

XVIII

von Caemmerer Ernst, Rechtsvereinheitlichung und internationales Privatrecht, in: Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt/Main 1966, S. 63 ff.

— Das Problem der Drittschadensliquidation, in: ZBJV 1964, S. 341 ff.

Canaris Claus Wilhelm, Handelsgesetzbuch, Grosskommentar, 3. B., 2. Hb., Anhang nach § 357, Bankenvertragsrecht, Berlin/New York 1978 (zit.: Canaris, Anh. § 357).

Cohn Georg, Zur Geschichte des Schecks, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 1 und 3.

— Nachtrag zur Geschichte des Checks, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 2.

MC Connell Campbell R., Volkswirtschaftslehre, Bd. 1, Köln 1975.

Deschenaux Henri, Schweizerisches Privatrecht; Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Der Einleitungstitel, Basel und Stuttgart 1967 (zit.: Deschenaux, SPR II).

Duden Konrad, Der Gestaltungswandel des Geldes und seine rechtlichen Folgen, Karlsruhe 1968.

Duetz Wilhelm, Rechtliche Eigenschaften der Scheckkarte, in: DB 1970, S. 189 ff.

Edenhofer Alfred, Das interne Checkrecht, Diss. Erlangen 1916.

Engel Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.

Erb Felix, Die Bankvollmacht, Diss. Fribourg 1974.

Fick Fritz, Die Frage der Scheckgesetzgebung auf dem europäischen Kontinent, Zürich 1897.

Forstmoser Peter, Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre Bedeutung im Bankverkehr, Bern 1976 (zit.: Forstmoser, AGB und ihre Bedeutung).

— Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und im deutschen Recht, in: Festschrift Kummer, Bern 1980 (zit.: Forstmoser, rechtliche Behandlung von AGB).

Gabler Th. (Herausgeber), Banklexikon; Handwörterbuch für das Bank- und Sparkassenwesen, 8. A., Wiesbaden 1978.

Gauch Peter, Der Unternehmer im Werkvertrag, 2. A., Zürich 1977.

Gautschi Georg, Berner Kommentar; Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung (Art. 425–491 OR), 2. A., Bern 1962.

— Berner Kommentar; Der Werkvertrag (Art. 363–379 OR), 2. A., Bern 1967.

- Gessler Dieter, Beitrag zur Lehre vom Veranstaltungsvertrag, unter besonderer Berücksichtigung von Abgrenzungskriterien, Diss. Zürich 1979.
- Giger Hans, Berner Kommentar; Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch — die Schenkung (Art. 184–215 OR), Bern 1979.
- Goecking Otto, Sorgfaltspflichten und Haftung der Banken im Scheckverkehr, Diss. München 1965.
- Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. A., Zürich 1980.
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979.
- Habicht Ruth Erika, Der Checkvertrag und das Checkrecht, Diss. Zürich 1956.
- Hahn Oswald, Sind Spezialchecks und Goldzertifikate Geldersatz?, in: Bl GenW 1960, S. 143 ff.
- Heinichen Otto-Raban, Die Rechtsgrundlagen des Reisecheckverkehrs, Diss. Berlin 1964.
- Helbig Claus, Die Giroüberweisung, deren Widerruf und Anfechtung nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Genf 1970.
- Hirsch Ernst, Einheitliches Wechselgesetz oder einheitliches Wechselrecht?, in: NJW 1961, S. 1089 ff.
- Hofstetter Josef, Schweizerisches Privatrecht; Bd. VII/2 Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel und Stuttgart 1979 (zit.: Hofstetter, SPR VII/2).
- Horn Norbert, Die Verwendung von Scheckkarten für Kreditzwecke, in: NJW 1974, S. 1481 ff.
- Hueck/Canaris, Recht der Wertpapiere, 11. A., München 1977.
- Hupfer Karlheinz, Der wertpapierrechtliche "Begebungsvertrag"; Entstehung, Übertragung und Ausübung der Wertpapiere, Diss. Regensburg 1978.
- Isele Hellmut, Geldschuld und bargeldloser Zahlungsverkehr, in: AcP 1928, S. 129 ff.
- Jacobi Ernst, Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung des ausländischen Rechts, Berlin 1955.
- Jaeggi Peter, Zürcher Kommentar; Wertpapiere (Art. 965–989 und 1145–1155 OR), Zürich 1959.
- Jaehnchen-John Heidrun, Das Wechsel- und Scheckrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1976.

- Käser Jörg, Der amerikanische Travelers Check in der internationalen Rechtsprechung, in: ZKW 1961, S. 196ff.
- Rechtliche Aspekte des einheitlichen DM-Reisechecks, in: ZKW 1962, S. 399ff.
- Keller Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1970.
- Kleiner Beat, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Giro- und Kontokorrentvertrag, 2. A., Zürich 1964.
- Bankgarantie, 3. A., Zürich 1979 (zit.: Kleiner, Bankgarantie).
- Lahusen Patrick, Die rechtlichen Grundlagen zur Herausgabe von Banknoten am Beispiel der ersten Notenbanken in der Schweiz, Diss. Zürich 1974.
- Larenz Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. A., Berlin 1979.
- Leenen Detlef, Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971.
- Liesecke Rudolf, Neuere Entwicklungen im Internationalen Scheckrecht, in: WM 1971, S. 1222ff.
- Ludin Werner, Der Widerruf des Checks, Diss. Bern 1947.
- von Maydell Bernd, Geldschuld und Geldwert, München 1974.
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar; Einleitungsband (Art. 1 ZGB), Bern 1962.
- Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948 (zit.: Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip).
- Die Bedeutung der Materialien für die Gesetzanwendung, in: SJZ 1952, S. 213ff., 229ff.
- Gesetzlich nicht geregelte Verträge I, SJK Nr. 1134.
- Gesetzlich nicht geregelte Verträge II, SJK Nr. 1135.
- Merz Hans, Der Einfluss des Wechsels auf das Grundgeschäft und der Wechselbereicherungsanspruch, Diss. Bern 1932.
- Berner Kommentar; Einleitungsband (Art. 2 ZGB), Bern 1962.
- Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, in: Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975 (zit.: Merz, Legalzession).
- Massenvertrag und AGB, in: Festgabe Schönenberger, Freiburg 1968 (zit.: Merz, Massenvertrag).
- Nägeli Walter, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1951.
- Nobel Peter, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979.

- Nordmann Philippe, *Le contrat d'adhésion, abus et remèdes*, Diss. Lausanne 1974.
- Nussbaum Arthur, *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*, Tübingen 1925.
- Oser/Schönenberger, *Zürcher Kommentar; Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse* (Art. 184–418 OR), 2. A., Zürich 1936.
- *Zürcher Kommentar; Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse* (Art. 419–529 OR), Zürich 1945.
- Pedrazzini Mario M., *Schweizerisches Privatrecht; Bd. VII/1 Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag*, Basel und Stuttgart 1977 (zit.: Pedrazzini, SPR VII/1).
- Perrin Jean-François, *La limitation de la responsabilité contractuelle en droit suisse*, in: *Sem. jud.* 1973, S. 209 ff.
- Prost Gerhard, *Der bestätigte Scheck der Deutschen Bundesbank*, in: *NJW* 1959, S. 1949 ff.
- Quassowski/Albrecht, *Scheckgesetz vom 14. August 1933*, Berlin 1934.
- Rehbinder Manfred, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 6. A., Bern 1981.
- Rehfeldt/Zöllner, *Wertpapierrecht*, 12. A., München 1978.
- Ripert/Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., Paris 1976.
- Rother Werner, *Ungerechtfertigte Bereicherung bei wiederkehrenden Geldleistungen*, in: *AcP* 1966, S. 134 ff.
- Rychner Hans, *Wann gilt eine Frist bei Zahlungen und Überweisungen im Postcheckverkehr als eingehalten?*, in: *SJZ* 1949, S. 218 ff.
- Samuelson Paul A., *Volkswirtschaftslehre*, Bd. 1, Köln 1975.
- Schaudwet Manfred, *Rechtsfragen der Scheckkarte*, in: *NJW* 1968, S. 9 ff.
- Schluep Walter R., *Schweizerisches Privatrecht; Bd. VII/2 Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Innominatverträge*, Basel und Stuttgart 1979 (zit.: Schluep, SPR VII/2).
- Schmelcher Günter H., *Die Erfüllung von Geldschulden (Der Zahlungs-ort)*, Diss. Basel 1972.
- Schmid Hans, *Geld, Kredit und Banken*, Bern/Stuttgart 1979.
- Schnitzer Adolf F., *Handbuch des internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts*, Zürich-Leipzig 1938.
- Schönenberger/Jäggi, *Zürcher Kommentar; Obligationenrecht, Allgemeine Einleitung (IPR), Vorbemerkungen zu Art. 1 OR, Kommentar zu Art. 1–17 OR*, Zürich 1973.

- Schönle Herbert, Bank- und Börsenrecht, 2. A., München 1976.
- Schürmann Hans Jürg, Festübernahme bei Emission von Anlehensobligationen, Diss. Zürich 1971.
- Schütz Wilhelm, Einheit und Selbständigkeit von Zentrale und Zweigniederlassung im Bankverbannde, in: Bank-B 1967, 319ff.
- Rationalisierung und Recht, in: JZ 1961, 105ff.
- Schuler Alois, Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsverbindungen, Diss. Zürich 1978.
- Schulthess Willy, Rechtsnatur von Girovertrag und Girozahlung, Diss. Zürich 1911.
- Simitis Spiros, Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes, in: AcP 1960/61, S. 406ff.
- Stauffer/Emch, Das Schweizerische Bankgeschäft, 2. A., Thun 1972.
- Strohmeier Friedrich Werner, Die gerichtliche Kraftloserklärung der Wertpapiere im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1952.
- Thywissen Johann Heinrich, Sind Bankguthaben Geld im Rechtssinne?, in: BB 1971, S. 1340ff.
- von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A., Zürich 1974.
- von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979.
- Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1975.
- Vasseur/Marin, Le Chèque, Tome II, Paris 1969.
- Vieli Lelio, Die Rechtsfolgen des Checkverlustes nach schweizerischem und nach französischem Recht, Diss. Zürich 1954.
- Vischer Frank, Schweizerisches Privatrecht; Bd. VII/1 Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Basel und Stuttgart 1977.
- Weber Rolf H., Das Geld in einem sich wandelnden Vermögensrecht, in: ZSR 1981, S. 165ff.
- Wentzel Klaus, Das Scheckkartenverfahren der deutschen Kreditinstitute, Köln/Berlin/Bonn/München 1974.
- Würsch Josef, Die Kreditkarte nach schweizerischem Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung von Checkkarte und Bancomatkarte, Diss. Freiburg/Schweiz 1975.
- Yung Walter, L'interprétation supplétive des contrats, in: ZBJV 1961, S. 41ff.

Zimmerli Georg Nathanael, Gerichtliche Kraftloserklärung von Wertpapieren, Diss. Bern 1918/19.

Zimmermann Harry, Kommentar des Schweiz. Scheckrechts, Art. 1100–1144 OR, Zürich 1964 (die inzwischen erschienene, praktisch unveränderte Neuauflage konnte nicht mehr berücksichtigt werden).

Zöllner Wolfgang, Zur rechtlichen Problematik der Scheckkarte, in: DB 1968, S. 559 ff.

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, zit.: AcP Jahr, Seite
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm	Anmerkung
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, bzw. 30. März 1911
AppG	Appellationsgericht
Art.	Artikel
Bank-B	Bank-Betrieb, zit.: Bank-B Jahr, Seite
BB	Betriebs-Berater, zit.: BB Jahr, Seite
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne), zit.: BGE Band Abteilung Seite
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen, zit.: BGHZ Band Seite
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, zit.: BJM Jahr, Seite
Bl GenW	Blätter für Genossenschaftswesen, zit.: Bl GenW Jahr, Seite
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. März 1874
bzw.	beziehungsweise
CR	Comptes rendus de la Conférence internationale pour l'unification du droit en matière de lettres de change, billets à ordre et chèques, tenue à Genève, 1930

DB	Der Betrieb, zit.: DB Jahr, Seite
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
eChG	Einheitliches Checkgesetz vom 19. März 1931
éd.	édition
Einl.	Einleitung
eWG	Einheitliches Wechselgesetz vom 7. Juni 1930
f. (ff.)	und nächstfolgende Seite(n) bzw. nächstfolgende(r) Artikel
Fn	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
HG	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
h.L.	herrschende Lehre
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
JW	Juristische Wochenschrift, zit.: JW Jahr, Seite
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung, zit.: JZ Jahr, Seite
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
N	Note
NBG	Bundesgesetz über die Nationalbank vom 23. Dezember 1953, mit seitherigen Änderungen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, zit.: NJW Jahr, Seite
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OeBank-A	Österreichisches Bankarchiv, zit.: OeBank-A Jahr, Seite
OG	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht
OR	revidiertes Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
RG	Reichsgericht

RGZ	Entscheide des Reichsgerichts in Zivilsachen, zit.: RGZ Band Seite
S.	Seite
schweiz.	schweizerisch
SchG	(Deutsches) Scheckgesetz vom 14. August 1933
sec.	section
Sem.jud.	La Semaine Judiciaire, zit.: Sem.jud. Jahr, Seite
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek, zit.: SJK Nr., Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, zit.: SJZ Jahr, Seite
sog.	sogenannt
SPR	Schweizerisches Privatrecht, zit.: SPR Band, Seite
Sten.Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung
StStG	revidiertes Bundesgesetz über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973
u.a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung (zu Art.), vor (Art.)
WG	(Deutsches) Wechselgesetz vom 14. August 1933
WM	Wertpapier-Mitteilungen, zit.: WM Jahr, Seite
WPR	Wertpapierrecht
Z.	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, zit.: ZBJV Jahr, Seite
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, zit.: ZHR Band, Seite
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, zit.: ZSR Jahr, Seite
z.T.	zum Teil

Einleitung

In den letzten zehn Jahren erlebte der Checkverkehr in ganz Europa einen starken Aufschwung. Diese Belebung ist auf die Checkkarte zurückzuführen, dank welcher garantierte Eurochecks heute überall anstandslos entgegengenommen werden. Der trassiert-eigene Bankcheck und auch der Bankcheck ganz allgemein sind demgegenüber in der Öffentlichkeit weitgehend unbekannt geblieben, obwohl sie im Bankenverkehr durchaus alltägliche Erscheinungen darstellen.

Während zum Eurocheck inzwischen mehrere Arbeiten erschienen sind¹, hat die Rechtswissenschaft dem trassiert-eigenen Bankcheck soweit ersichtlich noch keinen umfassenden Beitrag gewidmet. Massgebend dafür ist wohl die Tatsache, dass sich dieser Check — entsprechend seinem spezifischen Verwendungszweck — nur in geringem Masse verbreitet hat. Bezeichnenderweise ist denn auch die Rechtsprechung zu diesem Zahlungspapier äusserst spärlich; zumindest vordergründig scheint also der Verkehr mit trassiert-eigenen Bankchecks zu "funktionieren". Wie zu zeigen ist, wirft aber die Zirkulation dieser Checks einige interessante juristische Fragen auf. Die vorliegende Arbeit soll deshalb in einer zusammenfassenden Darstellung die mit dem Verkehr trassiert-eigener Bankchecks verbundenen Probleme untersuchen und klären: In einem ersten Hauptteil wird sie sich vorab mit dem wirtschaftlichen Zweck dieses Zahlungspapiers beschäftigen und in einem kurzen Rückblick seine geschichtliche Entwicklung beschreiben. Sodann werden die Rechtsgrundlagen des trassiert-eigenen Bankchecks und dessen Einordnung in das System unseres Zivilrechts untersucht. Dabei soll seine Eigenart auch anhand eines Vergleichs mit zwei ähnlichen Zahlungspapieren, dem Reisecheck und dem Eurocheck, analysiert werden.

Die so gewonnenen Erkenntnisse werden die Grundlage für den zweiten Hauptteil der Arbeit bilden; in diesem wird das zwischen einem Kunden und der Bank bestehende Rechtsverhältnis untersucht, welches den Erwerb eines trassiert-eigenen Bankchecks zum Gegenstand hat. Dieser Vertrag weist die Besonderheit auf, dass sich der Kunde den Check nicht an seine eigene Order, sondern an die Order einer *Drittperson* (in der Regel seines Gläubigers) ausstellen lässt. Die mit diesem Rechtsgeschäft verbundenen rechtlichen Probleme sollen anhand einer Vertragsanalyse geklärt werden: als erstes gilt es, die Rechtsnatur des Vertrags zu ermitteln. Darauf gestützt werden anschliessend die Rechte und Pflichten beider Parteien untersucht.

¹ Vgl. z.B. die umfassende Abhandlung von Klaus Wentzel, Das Scheckkartenverfahren der deutschen Kreditinstitute, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, ferner die in § 11 zitierte Literatur.

Erster Teil

Die Grundlagen des Verkehrs mit trassiert-eigenen Bankchecks

§ 1 Terminologische Übersicht

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit einem Institut, das in der Allgemeinheit nur wenig bekannt ist. Auch die ihm zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse fanden in der Rechtswissenschaft kaum Beachtung. Es scheint daher sinnvoll, vorweg — wenn auch z.T. axiomatisch — einige Begriffe zu definieren, welche entweder vom Verfasser selbst geprägt wurden¹, oder aber ihrer Seltenheit wegen an dieser Stelle aufgeführt werden².

*Bankchecks*³ sind Checks, die von Banken ausgestellt und auf andere Banken gezogen werden. Die Besonderheit gegenüber dem Kundencheck besteht darin, dass nicht nur der Bezogene, sondern auch der Aussteller eine Firma ist, die dem BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen untersteht (Art. 1135 OR).

*Trassiert-eigene Bankchecks*⁴ sind Bankchecks besonderer Art, bei denen die Ausstellerbank mit der bezogenen Bank identisch ist. Rein äusserlich liegt ein Check im Sinne von Art. 1100 OR vor, da die Urkunde als unbedingte Anweisung gemäss Ziff. 2 dieser Bestimmung formuliert ist: die Bank weist sich selbst an, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen.

Besteller von Bankchecks, in Bankkreisen auch “Käufer” genannt, sind diejenigen Personen, welche bei der Bank einen Bankcheck lautend an die Order einer Drittperson ausstellen lassen.

Der *Bankcheckausstellungsvertrag* ist die Vereinbarung zwischen der Bank und dem Bankcheckbesteller, welche dem Erwerb von Bankchecks zugrunde liegt: die Bank verpflichtet sich zur Ausstellung und Einlösung des Bankchecks, der Besteller hat ihr dafür den Checkbetrag und eine geringe Einheitsgebühr zu bezahlen, die unabhängig ist von der Höhe der Checksumme⁵.

Als *Nehmer* von Bankchecks werden diejenigen Personen bezeichnet, welche auf dem Check als Berechtigte (Anweisungsempfänger) erscheinen.

5

¹ So die Begriffe “Besteller von Bankchecks” und “Bankcheckausstellungsvertrag”, vgl. gleich anschliessend.

² Vgl. die Begriffe “Bankcheck”, “Trassiert-eigener Bankcheck”, “Nehmer”.

³ Vgl. Albisetti/Bodmer 77.

⁴ Vgl. Zimmermann, Art. 1105 OR N 25ff.

⁵ Näheres zur Bestimmung der Begriffe “Besteller” und “Bankcheckausstellungsvertrag” hinten § 12.

I. Kapitel

Faktische Grundlagen

§ 2 Zweck und wirtschaftliche Bedeutung des Bankchecks

Von ihrem Verwendungszweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung her unterscheiden sich Bank- und trassiert-eigene Checks nicht voneinander. Wenn also in diesem Paragraphen von Bankchecks die Rede ist, sind jeweils sowohl die auf Drittbanken gezogenen wie auch die trassiert-eigenen Bankchecks gemeint. Die beiden Checkarten werden nur da auseinandergehalten, wo gewisse Unterschiede bestehen.

I. Das Interesse des Kunden

1. Zahlungsmittel

Wie der Check ganz allgemein, ermöglicht der Bankcheck dem Kunden, bargeldlose Zahlungen vorzunehmen. Während der gewöhnliche Kundencheck in dieser Eigenschaft — namentlich seit der Einführung des Eurocheck-Systems — eine sehr starke Verbreitung gefunden hat, finden Bankchecks nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Verwendung.

Grundsätzlich wird sich der Kunde von der Bank einmal dann einen Bankcheck ausstellen lassen, wenn er selbst über kein entsprechendes Konto verfügt und demgemäss nicht berechtigt ist, selbst einen Check zu ziehen⁶. In der Regel ist es jedoch der Gläubiger einer Geldleistung, welcher von seinem Schuldner Zahlung mittels Bankcheck verlangt. Ausschlaggebend dafür sind Bonitätsgründe: während der gewöhnliche Kundencheck im Verkehr nicht überall entgegengenommen wird⁷, besteht dies-

⁶ Albisetti/Bodmer 77; Stauffer/Emch 251.

⁷ Albisetti/Bodmer 77.

bezüglich beim Bankcheck keine Gefahr. Sog. "Prima"-Bankchecks, d.h. von erstklassigen Bankhäusern ausgestellte Checks vermitteln dem Gläubiger eine dem Bargeld vergleichbare Sicherheit. Er kann nämlich davon ausgehen, dass diese Papiere die Deckung gewissermassen "in sich tragen"⁸, weil die ausstellende Bank mit ihrem gesamten Geschäftsvolumen für die Einlösung haftet. Demgegenüber besteht beim nichtgarantierten Kundencheck jeweils eine gewisse Gefahr, dass auf dem Konto eines unbekannten Ausstellers nicht genügend Deckung vorhanden ist⁹.

Was also für die Verwendung von Bankchecks entscheidend ins Gewicht fällt, ist die hervorragende Kreditwürdigkeit ihrer Aussteller. Diese Eigenschaft fällt in der Praxis viel mehr ins Gewicht als die rechtliche Qualität dieser Papiere. So werden "Prima"-Bankchecks ungeachtet der kurzen Vorlegungsfristen (Art. 1116 OR) ohne weiteres noch nach deren Ablauf eingelöst; der Name der Ausstellerbank gibt trotz Verlusts der Regressrechte auch jetzt noch Gewähr für die Güte des Checks. In Geschäfts- und Bankkreisen werden Bankchecks deshalb praktisch wie Bargeld behandelt¹⁰.

In der Praxis werden Bankchecks häufig bei Verträgen über hohe Geldsummen in Zahlung gegeben, welche die Parteien Zug um Zug erfüllen möchten. Eine Barzahlung kann hier für den Schuldner je nachdem unzumutbar sein, währenddem der gewöhnliche Kundencheck eines unbekannten oder wenig kreditwürdigen Schuldners dem Zahlungsempfänger zu wenig Sicherheit bieten würde.

Solche Verträge können verschiedenster Natur sein. Grundsätzlich kommen alle Verträge in Betracht, welche eine Geldleistung als Erfüllungsgegenstand beinhalten. In der Regel handelt es sich um Kaufverträge. An internationalen Messen z.B., wo sich die Parteien gewissermassen "anonym" gegenüberstehen, wird vom Verkäufer häufig eine sofortige Sicherstellung mittels Bankcheck verlangt. Denkbar sind auch Autokäufe, bei welchen der Verkäufer sofortige Barzahlung wünscht. Im weiteren werden Bankchecks auch an Versteigerungen (Kunstauktionen z.B.) in Zahlung gegeben, ferner zur Begleichung von Hotelrechnungen und häufig auch zur Bezahlung von Abonnementsrechnungen ausländischer (namentlich amerikanischer) Zeitschriften.

Für den Kunden lohnt sich nur der Erwerb von Bankchecks, die auf hohe Beträge lauten. Die Bank verrechnet ihm jeweils eine Einheitsgebühr, welche unabhängig ist von Checkbetrag, Währung und Anzahl Checks pro

⁸ Vgl. § 7 II.

⁹ Um den Kundencheckverkehr wieder attraktiv zu machen, wurde deshalb das Eurocheck-System eingeführt. Die Banken garantieren den Nehmern solcher Checks die Einlösung bis zum Betrage von Fr. 300.—; vgl. ferner § 11.

¹⁰ Albisetti/Bodmer 77; Stauffer/Emch 251.

Sendung¹¹. Bei kleineren Checkbeträgen wird diese Einheitsgebühr unverhältnismässig hoch, weshalb die Banken den Kunden in solchen Fällen andere Zahlungsarten (Giroweisungen, internationale Postmandate) empfehlen.

Auch im Ausland ist die Verwendung von Bankchecks verbreitet. Besonders in den USA und in England¹² haben sich die Bankchecks (bankers draft) zu beliebten Zahlungsmitteln entwickelt. Gleich wie bei uns erwirbt der Kunde bei der Bank einen solchen Check, wenn er eine grössere Barzahlung mittels einlösungssicherem Check ausführen soll. Namentlich im Grundstückhandel hat sich dort eine Sitte entwickelt, wonach der Kaufpreis bar oder mittels bankers draft zu bezahlen ist.

In Frankreich erfreuen sich die Bankchecks weniger als Zahlungs-, denn als Geldtransportmittel einer gewissen Beliebtheit, da auf diese Weise Zahlungen zwischen zwei entfernten Ortschaften erleichtert wird (anstelle der Versendung von Bargeld oder der Giroüberweisung)¹³.

Schliesslich kennt auch der italienische Zahlungsverkehr den Bankcheck mit seinen verwandten Nebenarten (Vaglia cambiaria)¹⁴.

2. Sonstige Verwendungszwecke

In kriegs- und währungspolitisch unsichern Zeiten kam es öfters vor, dass kapitalkräftige Ausländer im Vertrauen auf die starke Schweizer Währung trassiert-eigene SFr.-Checks erwarben und diese während mehreren Jahren "horteten", ungeachtet der kurzen Verjährungs- und Rückgriffsfristen. Der checkrechtliche Bereicherungsanspruch und vor allem das Vertrauen, welches die "Prima"-Bankchecks im Verkehr geniessen, schienen eine genügende Garantie für die spätere Einlösung zu bieten¹⁵. Diese Funktion als Wertaufbewahrungsmittel widerspricht natürlich dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck, wonach der Check als Zahlungsmittel zu sofortiger Realisierung bestimmt ist. Auch die Banken stehen solchen "Machenschaften" negativ gegenüber, können doch auf diese Weise Anlageverbote umgangen und müssen erst noch keine Negativzinsen bezahlt werden.

Durch den Erwerb von Bankchecks kann der Kunde auch devisenrechtliche Beschränkungen des Erwerbs ausländischer Zahlungsmittel vermei-

¹¹ Gemäss Vereinbarung der schweizerischen Grossbanken beläuft sich diese Gebühr z. Zt. auf Fr. 7.—.

¹² Liesecke, WM 1971, 1232.

¹³ Vasseur/Marin 49 M 39, 259 N 337; Liesecke, WM 1971, 1232.

¹⁴ Zimmermann, Anh. Art. 1105 OR N 54ff. mit weiteren Hinweisen.

¹⁵ Zimmermann, Art. 1100 OR N 47.

den. Dieser Vorteil kann auch mit Reisechecks erreicht werden¹⁶. Der Kunde erwirbt aber Bankchecks nicht zu den üblichen Reisezwecken. Sie sind ihm vielmehr dann von Nutzen, wenn er grössere Geldbeträge ins Ausland bringen möchte, wie namentlich zur Errichtung eines Bankkontos. In solchen Fällen findet der Bankcheck eine weitere Funktion als Geldtransportmittel.

II. Das Interesse der Bank

1. Im allgemeinen

Von seiten der Banken besteht ein vergleichsweise geringes Interesse am Bankcheckverkehr. Mit der Ausstellung dieser Papiere ist gegenüber dem Kundencheck einiges an Mehrarbeit verbunden: die Bank selbst ist für die Ausstellung besorgt, sie muss zusätzliche Umtriebe wie eingeschriebenen Versand, Checkavis (sofern noch gebräuchlich) usw. auf sich nehmen. Was vor allem ins Gewicht fällt, ist jedoch das grössere Missbrauchsrisiko. Wie von seiten der Banken zu vernehmen ist, werden Bankchecks viel häufiger gefälscht als Kundenchecks; die Fälschungsmethoden sind heute sehr raffiniert geworden, und für die einlösenden Banken ist es angesichts der massenweisen Verbreitung dieser Zahlungsmittel oft unmöglich, die Fälschung eines Papieres festzustellen.

Für die Banken resultiert aus dem Geschäft mit dem Bankcheck auch nur wenig Gewinn. Die von den Kunden zu entrichtende Einheitsgebühr ist bescheiden und nicht mehr als unkostendeckend.

Wegen ihrer häufigen internationalen Verwendung können Bankchecks einen gewissen Werbeeffect für die ausstellenden Kreditinstitute haben, da deren Name durch den Umlauf der Papiere verbreitet wird und gleichzeitig auch für die Bonität eines Checks ausschlaggebend ist.

2. Der Bankcheck als Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehrs

Grundsätzlich sind die Banken am bargeldlosen Zahlungsverkehr deshalb interessiert, weil ihnen dadurch in beträchtlichem Ausmass Barmittel erhalten bleiben. Das Eurocheck-System trug wesentlich zur Förderung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs bei¹⁷. Die grosse Verbreitung dieser Checks

¹⁶ Albisetti/Bodmer 512.

¹⁷ Würsch 61.

vergrössert den sog. "Bodensatz"¹⁸ auf den Girokonten der Kunden, wodurch die Banken infolge der geringen Verzinsung über billiges Geld für ihr Aktivgeschäft verfügen.

Auch Bankchecks gelten als Mittel zur Förderung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs¹⁹. Entsprechend ihrer geringeren Verwendung fällt diese Eigenschaft jedoch weniger ins Gewicht als beim garantierten Kundencheck. Vor allem aber kann hier nicht die Rede sein von einer Belebung des Bodensatzes der Kundenkonti, da Bankchecks ja gerade unabhängig von solchen ausgestellt und vom Besteller in der Regel bar vorausbezahlt werden.

"Bargeldlos" ist der durch Check vermittelte Zahlungsverkehr genau genommen übrigens nur bei der Hingabe des Checks an einen Nehmer und ferner, wenn sich dieser den Checkbetrag beim Bezogenen auf seinem Konto gutschreiben lässt²⁰. Nur in diesen Fällen werden die Zahlungen bargeldlos abgewickelt. Wird ein Check hingegen vom Nehmer bar eingelöst, so spricht man von seiner Funktion als bargeldersparendes Zahlungsmittel²¹. An einem bargeldlosen Checkverkehr sind namentlich die Inkassobanken interessiert, liegen hier die Wertstellungsgewinne doch um einiges höher als bei einer Barauszahlung²². Gerade bei Bankchecks können dadurch nicht zu unterschätzende Gewinne resultieren, da sie in der Regel auf hohe Beträge lauten und deshalb jeweils gutgeschrieben und nicht bar eingelöst werden; zudem lauten sie nicht selten auf fremde Währungen, was eine Verlängerung der Wertstellung bewirkt.

III. Reale Erscheinungsformen

Für sämtliche Bankchecks ist gemeinsam und gleichzeitig begriffsnotwendig, dass eine Bank als Ausstellerin für die Einlösung des Checkbetrages verantwortlich zeichnet. In ihren Erscheinungsformen lassen sich die Bankchecks unterscheiden nach der Person des Bezogenen (1.), nach ihrer wertpapierrechtlichen Ausgestaltung (2.) und schliesslich nach ihrer Einlösungsart (3.).

¹⁸ "Der Teilbetrag der Guthaben auf den Einlagekonten, der erfahrungsgemäss — trotz des Rechts der Einleger, darüber sofort oder nach kurzer Kündigungsfrist zu verfügen — im Durchschnitt und auf die Dauer auf den Konten stehenbleibt", vgl. Gabler 306; vgl. ferner Schlupe, SPR VII/2, 878; Dütz, DB 1970, 189; Würsch 123.

¹⁹ Albisetti/Bodmer 77.

²⁰ Albisetti/Bodmer 271.

²¹ Würsch 61.

²² Schaudwet, NJW 1968, 14; vgl. auch den Inkassotarif der Mitglieder der Schweiz. Bankiervereinigung.

1. Unterscheidung bezüglich des Bezogenen

a) *Der trassiert-eigene Bankcheck*

Unter diesen Begriff fallen sämtliche Checks, welche die ausstellende Bank auf sich selbst gezogen hat. Eigen-trassiert ist ein Check nicht nur, wenn ihn der Hauptsitz oder eine Niederlassung auf sich selbst (d.h. also den eigenen Geschäftsbetrieb) zieht (sog. Platzchecks), sondern auch dann, wenn die Bank mehrere Geschäftsstellen hat und die eine Niederlassung den Check auf eine andere im In- oder Ausland zieht²³ (sog. Filial- oder Kommanditchecks)²⁴.

Platz- und Kommanditchecks unterscheiden sich rechtlich nicht voneinander; die einzelnen Niederlassungen einer Bank sind ja nicht selbständig, sondern gehören ein und demselben Rechtssubjekt an, welches auch für deren sämtliche Verbindlichkeiten haftet.

Charakteristisch für den trassiert-eigenen Bankcheck ist die Tatsache, dass eine einzige Bank sowohl als Ausstellerin wie als Bezogene auf dem Papier erscheint. Hier fehlt also das für die checkrechtliche Anweisung (Art. 1100 Z. 2 OR) typische Dreiecksverhältnis. Für den Checknehmer ergibt sich daraus der grosse Vorteil, dass der Bezogene — da ja gleichzeitig Aussteller — ihm gegenüber unmittelbar verpflichtet ist²⁵; dies im Unterschied zum nichtgarantierten Kundencheck, welcher von der bezogenen Bank nicht angenommen werden darf (Art. 1104 OR).

Ob die Bank einen Check auf sich selbst oder auf eine Drittbank zieht, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Massgebend sind in erster Linie die Anliegen des Bestellers. Entscheidend kann auch die Person des ersten Nehmers sein; ist dieser selbst ein Kunde der Ausstellerbank, oder sind seine Kontoverbindungen unbekannt, so wird in der Regel ein trassiert-eigener Bankcheck ausgestellt.

Hat die Bank einen SFr.-Check (also Eigenwährungsscheck) ins Ausland zu versenden, so wird sie diesen ebenfalls auf sich selbst ziehen und nicht auf eine Bank am Destinationsort. Dies entspricht dem Grundsatz, dass eine Währung wenn immer möglich im Inland bleiben soll. In fremder Währung werden trassiert-eigene Bankchecks demgegenüber auf Filialen der Ausstellerbank im Destinationsland gezogen.

Gelegentlich stellen Banken auch trassiert-eigene Bankchecks aus, wenn sie selbst Zahlungen mittels Check vorzunehmen haben.

b) *Der auf eine Drittbank gezogene Bankcheck*

Rein äusserlich unterscheidet sich der auf eine Korrespondenzbank gezogene Bankcheck nur dadurch vom gewöhnlichen Kundencheck, dass eine

²³ Vgl. auch Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 2 OR N 2.

²⁴ Baumbach/Hefermehl, Art. 6 SchG N 3.

²⁵ Vgl. § 7 III.

Bank das Papier ausgestellt hat und nicht eine Privatperson. Zudem wird zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen nicht eigens ein Checkvertrag abgeschlossen, welcher dem Aussteller die Befugnis verleiht, Checks auf die Korrespondenzbank zu ziehen. Diese Befugnis steht den Korrespondenzbanken ohne ausdrückliche Vereinbarung aufgrund ihrer gegenseitigen Geschäftsbeziehungen (Kontoverbindungen) zu. Eine Besonderheit gegenüber dem Kundencheck besteht ferner darin, dass nicht Formulare des Bezogenen, sondern solche der Ausstellerbank verwendet werden. Im Gegensatz zum trassiert-eigenen Bankcheck ist hier also das für den Check typische Dreiecksverhältnis vorhanden.

Der Entscheid, ob ein Check auf eine Korrespondenzbank gezogen werden soll, richtet sich ebenfalls nach den Wünschen des Bestellers und nach der Person des Nehmers; der Check wird also wenn möglich auf diejenige Bank gezogen, bei welcher der Nehmer ein Konto hat. Weist dieser keine Kontoverbindung nach und ist die ausstellende Bank selbst nicht am Ort des Checknehmers vertreten, wird sie den Check auf eine ortsansässige Korrespondenzbank ziehen.

Entsprechend dem oben unter a) Gesagten werden Fremdwährungsschecks in der Regel auf eine Korrespondenzbank oder eine Filiale des Währungslandes gezogen.

2. Unterscheidung bezüglich der wertpapierrechtlichen Natur

a) Orderchecks

Entsprechend unserem Checkrecht²⁶ kommen Bankchecks in der Schweiz fast ausschliesslich als Orderpapiere vor²⁷. In dieser Form entsprechen sie auch am ehesten den Verkehrsbedürfnissen: verglichen mit den Inhaberchecks ist das Missbrauchsrisiko (Diebstahl, Fälschungen) geringer, da der bezogenen Bank bei der Einlösung eine erhöhte Prüfungspflicht obliegt (Art. 1121 OR). Auch für die Nehmer sind damit gewisse Vorteile verbunden, da ihre Vormänner der strengen Regresshaftung von Art. 1128 OR unterstellt sind. Als Orderpapiere sind die Bankchecks zwar nicht in selbem Masse umlauffähig wie die Inhaberchecks; immerhin hat dies aber den Vorteil, dass ihre Geldähnlichkeit nicht zu ausgeprägt wird²⁸.

b) Namen- und Inhaberchecks

Mit Rektaklauseln versehene Bankchecks kennt der schweizerische Verkehr nicht (ebensowenig beim Kundencheck). In dieser Form würde der

²⁶ Nach Art. 1108 OR ist der Check ein gesetzliches Orderpapier.

²⁷ Im deutschen Checkverkehr hingegen dominiert der Inhabercheck, vgl. Rehfeldt/Zöllner 133.

²⁸ Vgl. § 7 III 3.

Bankcheck auch keineswegs den Verkehrsbedürfnissen gerecht. Einerseits ist die Übertragbarkeit gegenüber dem Inhaberpapier erschwert (gemäss Art. 1108 Abs. 2 OR bedarf es jeweils einer Abtretung), andererseits befindet sich der Nehmer in einer ungünstigen Rechtslage, da der den Ordercheck charakterisierende Grundsatz der gesamtschuldnerischen solidari-schen Haftung aller Checkverpflichteten hier nicht gilt²⁹.

Inhaberchecks werden von den Banken in aller Regel nicht ausgestellt. Die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung wäre zu gross. Einerseits besteht ein erhöhtes Fälschungsrisiko, und andererseits wollen die Banken nicht im Zusammenhang mit unerlaubten Transaktionen erwähnt werden. Inhaberchecks werden deshalb nur ausnahmsweise, an bekannte und vertrauenswürdige Bankkunden ausgehändigt.

3. Unterscheidung nach der Einlösungsart

Auch der Bankcheckverkehr kennt den gekreuzten und den Verrechnung-check. Sowohl mit der Kreuzung wie mit dem Vermerk "nur zur Verrechnung" soll die Gefahr eines Missbrauchs durch unberechtigte Dritte verringert werden³⁰. Massgebend für die Anbringung einer solchen zusätzlichen Sicherung sind in der Regel die Anliegen der Beteiligten; ausschlaggebend können auch die Zahlungsgepflogenheiten im Zahlungslande sein.

IV. Der Erwerb und die Einlösung von Bankchecks

1. Der Erwerb

Bankchecks werden entweder direkt vom ersten Nehmer oder vom Besteller erworben. Häufiger und auch im Hinblick auf die vorliegende Arbeit wichtig ist jedoch der zweite Fall, da mit dem Erwerb in der Regel die Hingabe des Checks an eine Drittperson bezweckt wird: die Bank wird also vom Besteller beauftragt, den Check mit der Order einer Drittperson zu versehen. Der Besteller gibt anschliessend den Check seinem Gläubiger, dem ersten Nehmer, in Zahlung. Das Bankcheckverfahren weist die Besonderheit auf, dass der Erwerber der Bank vor oder gleichzeitig mit der Ausstellung den Checkbetrag zu bezahlen hat; er muss also vor der Inverkehrsetzung der Urkunde Deckung anschaffen. Dies erfolgt entweder durch Barbezahlung an der Kasse oder mittels Belastung eines Kontos. Mit der

²⁹ Zimmermann, Art. 1105 OR N 7ff., 14ff.

³⁰ Habicht 59ff., 64f.; Göcking 72.

Checkübergabe erhält der Erwerber gleichzeitig eine Quittung als Beleg (bzw. eine Belastungsanzeige im bargeldlosen Fall).

Beim Kundencheckverkehr hingegen — wo zwischen Kunde und Bank ein laufender Checkvertrag besteht — ist der Aussteller berechtigt, innerhalb der auf seinem Konto vorhandenen Deckung Checks auszustellen; die Belastung seines Kontos erfolgt dann erst im Zeitpunkt der Checkeinklösung.

Der Vertrag, welcher dem Bankcheckerwerb zugrunde liegt — der Bankcheckausstellungsvertrag³¹ — wird von den Parteien mündlich oder schriftlich abgeschlossen. Im ersten Fall "kauft" der Kunde den Check bar an der Kasse, im zweiten Fall veranlasst er die Bank mittels eines schriftlichen "Zahlungsauftragsformulars" zur Checkausstellung. Gelegentlich werden Bankchecks von Kunden auch telefonisch bestellt.

Um Missbräuchen vorzubeugen, verlangen die Banken von ihren Kunden immer dann, wenn sie diesen nicht persönlich gegenüberstehen, die Bezeichnung eines vereinbarten Codes oder eine sonstige Angabe, welche die Feststellung ihrer Identität ermöglichen soll.

Zusätzlich zur Checkausstellung übernehmen die Banken auf besonderen Wunsch des Erwerbers auch noch den Versand des Checks an den ersten Nehmer. Die Checks werden von den Banken für den Versand in der Regel nicht versichert. Wegen des damit verbundenen Mehraufwands und des grösstenteils geringen Verlustrisikos werden sie in der Regel auch nicht eingeschrieben der Post übergeben. Diese Massnahme drängt sich nur bei höheren Checkbeträgen auf und wenn der Postverkehr des Destinationslandes keine Sicherheit für eine gewöhnliche Postsendung gewährt.

In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, dass seit jüngerer Zeit die Ziehungen der Bankchecks vom Aussteller in der Regel nicht mehr avisiert werden. Infolge der heute weltweiten und massenweisen Verbreitung der Checks wäre der für die Banken mit dem Checkavis verbundene Aufwand unverhältnismässig gross. Wie die von den Banken gemachten Erfahrungen zeigen, hat sich diese Erleichterung offensichtlich bewährt. Seit dem Weglassen der Checkavisierungen waren keine darauf zurückzuführenden vermehrten Checkfälschungen festzustellen. Die Banken avisieren ihre Checks deshalb nur noch bei Ziehungen auf eine Geschäftsstelle oder Drittbank, mit welcher keine direkte Kontoverbindung in der Währung des betreffenden Checks besteht.

2. Die Einlösung

Grundsätzlich unterscheidet sich die Einlösung von Bankchecks nicht von derjenigen gewöhnlicher Kundenchecks. Entweder wird der Check vom

³¹ Vgl. § 12 ff.

Nehmer direkt beim Bezogenen zur Zahlung vorgelegt, oder aber der Check macht den Umweg über eine mit dem Inkasso beauftragte Drittbank.

Die Einlösung erfolgt, nachdem die Bank den Check einer Kontrolle unterzogen hat. Darunter fallen die Überprüfung, ob genügend Deckung auf dem Ausstellerkonto vorhanden ist (beim trassiert-eigenen Bankcheck wird diese Kontrolle natürlich gegenstandslos³²), ob die Ausstellerunterschriften in Ordnung sind und schliesslich, ob der Check inzwischen nicht gesperrt wurde. Gerade die Überprüfung der Unterschriften wird beim trassiert-eigenen Bankcheck dadurch erleichtert, dass die Bank ihre *eigenen* Unterschriften begutachten muss.

§ 3 Die Entwicklung des trassiert-eigenen Bankchecks

In seiner geschichtlichen Entwicklung lässt sich der trassiert-eigene Bankcheck als eigentliche "Mischform" zwischen dem Notengeld und dem gewöhnlichen Check wohl auf dieselben Ursprünge zurückführen wie diese beiden Zahlungsmittel. Was die Geschichte von Check und Banknote betrifft, so kann auf die z.T. ausführliche Literatur verwiesen werden³³. Dass in keinem der historischen Werke auf die Geschichte der trassiert-eigenen Bankchecks eingegangen wird, lässt sich dadurch erklären, dass diese Papiere, namentlich in ihrer Ausgestaltung als Platzchecks, die ein Banksitz auf sich selbst zieht, eine relativ neue Erscheinung sind. Dafür sind folgende Gründe verantwortlich:

Mit dem Inkrafttreten von Art. 39 BV wurde die Banknotenausgabe zentralisiert und dem Monopol des Bundes übertragen³⁴. Vor allem im letzten Jahrhundert gab es noch überall in der Schweiz Bankhäuser, welche ihre

³² Vgl. § 7 II.

³³ Vgl. zur Geschichte des Checks: Cohn Georg, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 1–3; Fick Fritz, Die Frage der Checkgesetzgebung auf dem europäischen Kontinent, Zürich 1897; Habicht Ruth Erika, Der Checkvertrag und das Checkrecht, Diss. Zürich 1956.

³⁴ Nobel 35.

eigenen Banknoten emittierten³⁵. Als man 1901 das Banknotenmonopol an die Nationalbank übertrug, wurde die Banknotenausgabe durch 36 Emissionsbanken überwunden³⁶. Neben diesen Privatbanknoten wurden früher z.T. auch sog. "Kassascheine à ordre"³⁷ und "Billets à ordre"³⁸ ausgegeben. Letztere beiden Zahlungspapiere wurden aber kaum je in Umlauf gesetzt, da sie weniger praktikabel waren als die gewöhnlichen Banknoten und in gewissen Kantonen (z.B. Genf) einer Stempelsteuer unterlagen³⁹. Von ihrer äusseren Aufmachung her unterscheiden sich diese Orderpapiere dadurch vom trassiert-eigenen Bankcheck, dass sie nicht als Anweisungen, sondern als direkte Zahlungsversprechen der ausstellenden Bank formuliert waren. Sie entsprechen deshalb eher unseren heutigen wechselähnlichen Orderpapieren im Sinne der Art. 1145 ff. OR.

Solange das Notenmonopol nicht dem Bund übertragen war, bestand offensichtlich ein genau so geringes Interesse an der Verwendung von trassiert-eigenen Bankchecks: während die Banken heute trassiert-eigene Bankchecks zur Begleichung eigener Schulden ausstellen, hatten sie früher ihre eigenen Banknoten zur Verfügung. Andererseits konnte auch der Bankkunde, welcher über kein eigenes Checkkonto verfügte, mit privaten Banknoten zufriedengestellt werden.

Der trassiert-eigene Bankcheck erfuhr bereits im aOR vom 14. Juni 1881 in Art. 724 Abs. 2 eine gesetzliche Regelung:

"Desgleichen kann der Aussteller sich selbst als Bezogenen bezeichnen, sofern die Zahlung an einem andern Ort als dem der Ausstellung geschehen soll".

Wie aus dieser Bestimmung ersichtlich ist, war also zu jener Zeit der trassiert-eigene Platzcheck noch verboten. Auch diese Einschränkung mag dazu beigetragen haben, dass die vorliegende Checkart im Zahlungsverkehr lange Zeit unbekannt blieb und kaum Verwendung fand. Das Verbot trassiert-eigener Platzchecks ist in seinen historischen Wurzeln möglicherweise auf das kanonische Zinsverbot zurückzuführen, wonach das "Ausbedingen einer Provision für das Hinausrücken der Fälligkeit" verboten war⁴⁰. Nur bei Ortsdifferenz durfte die eine Leistung die andere in ihrem Betrage übersteigen. Aus diesem Grunde erlebte der Wechsel, bei dem eine Provision gestattet war, einen raschen Aufschwung. In der Folge wurde dann auch der Platzwechsel für unzulässig angesehen, was noch heute eine der Ursachen für das in den meisten europäischen Staaten geltende Verbot trassiert-eigener Wechsel und -Checks sein mag⁴¹.

³⁵ Vgl. dazu die Dissertation von Patrick Lahusen, Die rechtlichen Grundlagen zur Herausgabe von Banknoten am Beispiel der ersten Notenbanken in der Schweiz, Diss. Zürich 1975.

³⁶ Albisetti/Bodmer 275.

³⁷ Lahusen 114 ff.

³⁸ Lahusen 132.

³⁹ Lahusen 132.

⁴⁰ Fick 215 f.

⁴¹ Vgl. auch § 5.

Ein weiterer Grund für ein solches Verbot bestand auch darin, dass man einem Anweisungsverhältnis, bei dem eine Person gleichzeitig als Aussteller und Bezogener fungiert, misstrauisch gegenüberstand. Davon zeugt folgende Äusserung Bluntschlis⁴²: "Mit gutem Grund sind Platzwechsel von dieser Form ausgeschlossen; denn wenn auch der Ort der Ausstellung und der Zahlung der gleiche ist, so erscheint die Form, nach welcher A. dem A. den Auftrag gibt zu zahlen, unnatürlich, und es ist einfacher, die Form des eigenen Wechsels zu wählen, wonach A. verspricht zu zahlen."

Auch an der Genfer Checkrechts-Konferenz von 1931 wurde am Verbot des trassiert-eigenen Platzchecks festgehalten. Hier wurden vor allem Befürchtungen laut, wonach diese Papiere dem checkrechtlichen Annahmeverbot entgegenstünden und sich zu steuerfreien Kreditpapieren mit Banknotenähnlichkeit entwickeln könnten⁴³. Immerhin wurde es den einzelnen Mitgliedstaaten in Art. 8 Anl II eChG vorbehalten, trassiert-eigene Platzchecks zuzulassen. Die Schweiz machte davon im Gegensatz zu den übrigen Mitgliedstaaten in Art. 1143 Z. 2 i.V. mit Art. 993 Abs. 2 OR Gebrauch. Somit ist bei uns die Ausstellung trassiert-eigener Bankchecks jeglicher Art, seien sie auf den Sitz einer Bank selbst, oder auf eine Filiale gezogen, gestattet.

Trassiert-eigene Checks, wie die Bankchecks ganz allgemein, nehmen im heutigen Zahlungsverkehr der Banken — entsprechend ihrem spezifischen Verwendungszweck — einen Stellenwert ein, der natürlich weit hinter jenem der Kundenchecks zurückliegt. Namentlich durch die Einführung des Eurocheck-Systems wurde der Kundencheck als Zahlungsmittel wieder populär und erlebte einen starken Aufschwung. Wie von seiten der Banken zu vernehmen ist, verzeichnete aber auch der Bankcheckverkehr in den letzten zehn Jahren einen steten Anstieg, und zwar hinsichtlich der auf Drittbanken gezogenen Bankchecks wie hinsichtlich der trassiert-eigenen Bankchecks. Dies ist einerseits auf eine allgemeine Belebung des internationalen Zahlungsverkehrs zurückzuführen; gerade auf dem wichtigen Finanzplatz Nordamerika gilt der Check nach wie vor als das Zahlungsmittel⁴⁴. Andererseits gewinnt der bargeldlose Zahlungsverkehr auch in der Schweiz ständig an Bedeutung.

⁴² Bei Fick 215.

⁴³ Vgl. § 7 III 3.

⁴⁴ Dies beweist die Tatsache, dass in den Vereinigten Staaten schätzungsweise 90% aller Geschäftsabschlüsse auf Dollarbasis über Checks (Bank-, Kunden- oder Travelerchecks) abgewickelt werden! (vgl. Mc Connell 360).

2. Kapitel

Rechtliche Grundlagen

Die rechtlichen Grundlagen des trassiert-eigenen Bankchecks werden nachstehend unter drei Gesichtspunkten beleuchtet.

Einerseits geht es darum, den trassiert-eigenen Bankcheck als Wertpapier, d.h. aufgrund der Art. 1100ff. OR zu analysieren (1. Abschnitt). In einem zweiten Teil soll das Bankcheck-*Geschäft*, d.h. die einzelnen Vertragsverhältnisse, welche den abstrakten checkrechtlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten zugrunde liegen⁴⁵ im Sinne einer Übersicht dargestellt werden (2. Abschnitt). Diesen zweiten, z.T. bankenvertraglichen Teil bezeichnet man auch als das sog. interne Checkrecht⁴⁶. In einem dritten Teil schliesslich wird die Eigenart des trassiert-eigenen Bankchecks anhand eines Vergleichs mit zwei verwandten Rechtsinstituten untersucht (3. Abschnitt).

1. Abschnitt: Die Checkeigenschaft des trassiert-eigenen Bankchecks

§ 4 Einleitung

Charakteristisch und begriffsnotwendig für jeden Check ist die im Papier enthaltene unbedingte Zahlungsanweisung (Art. 1100 Z. 2 OR). Die trassiert-eigenen Bankchecks sind wohl als Anweisungen formuliert, jedoch fehlt ihnen das für eine Anweisung typische Dreiecksverhältnis, da ja Aussteller und Bezogener identisch sind. Es wird im folgenden also darum gehen, zu untersuchen, wie sich diese eigenartige Kumulierung von Funktionen mit den Bestimmungen unseres Checkrechts vereinbaren lässt.

⁴⁵ Canaris, Anh. § 357 Anm. 259.

⁴⁶ Vgl. Breit, ZHR 64, 445ff.; Habicht 50; ferner Alfred Edenhofer, Das interne Checkrecht. Diss. Erlangen (BRD) 1916.

§ 5 Die gesetzliche Grundlage des trassiert-eigenen Bankchecks

An der Genfer Checkrechts-Konferenz von 1931 führte die Frage nach der gesetzlichen Regelung der trassiert-eigenen Bankchecks zu regen Kontroversen⁴⁷. Obwohl dieser Check bereits in verschiedenen Ländern bekannt war und ohne Probleme zirkulierte⁴⁸, wurden Bedenken laut, dass diese Papiere zu stark der Banknote gleichen und bei einer massenweisen Emission gar eine Inflation herbeiführen können⁴⁹. Zudem war man sich auch nicht im klaren darüber, ob solche Papiere überhaupt als Checks zu qualifizieren seien⁵⁰ oder nicht vielmehr als eigene Wechsel⁵¹.

Schliesslich einigte man sich auf einen Kompromiss. Nach Art. 6 Abs. 3 eChG⁵² sind trassiert-eigene Bankchecks nur zulässig, wenn sie von einer Bankfiliale auf eine andere gezogen sind. Obwohl sich solche Checks rechtlich nicht von jenen unterscheiden, die von einer Niederlassung auf sich selbst gezogen sind (sog. trassiert-eigene Platzchecks)⁵³, wurde an der Konferenz betont⁵⁴, aus der Sicht der Handelspraxis seien hier zwei verschiedene Personen beteiligt. Offenbar konnte man sich einen Check, bei dem Aussteller und Bezogener identisch sind, gedanklich einfach nicht vorstellen und zog deshalb die Filiallösung vor⁵⁵.

Das an der Genfer Konferenz ausschlaggebende Argument der Personenverschiedenheit verdient aber keine Zustimmung; es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass sämtliche Niederlassungen Glieder eines einzigen Rechts- und damit auch Haftungssubjekts sind⁵⁶.

Art. 6 Abs. 3 eChG ist jedoch lediglich eine Grundsatzbestimmung, da die Anl. II eChG in Art. 8 den Mitgliedstaaten vorbehält, Checkziehungen des Ausstellers auf sich selbst zuzulassen.

Von diesem Vorbehalt hat der schweizerische Gesetzgeber Gebrauch gemacht (Art. 1143 Ziff. 2 i.V. mit Art. 993 Abs. 2 OR), womit wir im Ver-

⁴⁷ CR 155 ff.

⁴⁸ CR 155, Gutteridge.

⁴⁹ CR 156, Giannini; CR 157, van Zeland; vgl. auch § 7 I 3.

⁵⁰ CR 155, Gutteridge.

⁵¹ CR 156, van Nierop.

⁵² Art. 6 Abs. 3 eChG lautet: "Der Check kann nicht auf den Aussteller selbst gezogen werden, es sei denn, dass es sich um einen Check handelt, der von einer Niederlassung auf eine andere Niederlassung des Ausstellers gezogen wird."

⁵³ Vgl. § 2 III 1 a.

⁵⁴ CR 155, Carton de Wiart.

⁵⁵ Vgl. Vasseur/Marin 49 N 39.

⁵⁶ Zimmermann, Art. 1105 OR N 27.

gleich zu den übrigen Vertragsstaaten über die liberalste Lösung verfügen⁵⁷.

Die klare gesetzliche Grundlage beseitigt also sämtliche Zweifel hinsichtlich der Zulässigkeit von trassiert-eigenen Bankchecks und ihrer Qualifizierung als Checks im Sinne unseres Checkgesetzes.

Dennoch hat sich die Bankpraxis z.T. mit diesem "Gebilde", zumindest was seine Rechtsnatur anbelangt, nicht vertraut machen können.

So gibt es Kreditinstitute, bei welchen trassiert-eigene Bankchecks als sog. "Zahlungsversprechen an Order" im Sinne von Art. 1151 OR qualifiziert werden, obwohl sie ausdrücklich als Zahlungsanweisungen formuliert sind.

Welche Qualifikation den Vorzug verdient, ist nicht bloss von theoretischem Interesse, sondern äussert für die Betroffenen auch nicht unwesentliche praktische Folgen:

So würde eine Beurteilung als Zahlungsversprechen an Order z.B. bewirken, dass beim Abhandenkommen des Papiers eine "Sperrung" nur im Rahmen eines gerichtlichen Kraftloserklärungsverfahrens möglich wäre (Art. 1072 ff. OR), da auf den Zahlungsverkehr zugeschnittene Behelfe wie der Checkwiderruf und das Zahlungsverbot (Art. 1119 OR) bloss für den Check vorgesehen sind. Ferner wäre der Anspruch aus dem Papier nicht durch die durchgreifende Wechselbetreibung gesichert (Art. 1151 Abs. 3 OR).

Wegen diesen Unklarheiten soll im folgenden das Phänomen einer Eigentrassierung näher untersucht werden.

§ 6 Das Vorliegen der formellen Checkerfordernisse

Um als Check im Sinne von Art. 1100 ff. OR zu gelten, müssen vorab die in Art. 1100 OR vorgesehenen Formerfordernisse erfüllt sein:

⁵⁷ Vgl. auch § 3 und Zimmermann, Art. 1105 OR N 26f. Unsere Nachbarländer hingegen kennen nur den Filialcheck (auch Kommanditcheck genannt), vgl. Art. 6 Abs. 3 DSchG, Art. 6 Abs. 3 FChG, Art. 6 Abs. 3 ItChG. Während diese Checks in Deutschland kaum Verwendung fanden (Schütz, JZ 1961, 107), erfreuen sie sich in Frankreich (sog. chèques sur soi-même, vgl. Vasseur/Marin 339 N 39) und Italien (Zimmermann, Art. 1105 OR N 55) einer gewissen Beliebtheit.

Ort und Datum	19..	Fr.
Schweizerische Bank X, 8000 Zürich, Paradeplatz		
Zahlen Sie gegen diesen Check / Payez contre ce chèque / Pagate per questo cheque / Pay against this cheque		
an / à / to Dr. Doris Maria Meyer	oder Order ou ordre o ordine or oder	
Franken		
BC .. No ...	Schweizerische Bank X (mit zwei Unterschriften)	

Eine Betrachtung dieses Beispiels zeigt, dass sämtliche formellen Voraussetzungen vorhanden sind. Der Form nach unterscheidet sich der trassiert-eigene Bankcheck nicht vom Kundencheck: die Bezeichnung als Check (Ziff. 1), die unbedingte Anweisung, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen (Ziff. 2), der Name des Bezogenen (Ziff. 3), die Angabe des Zahlungsortes (Ziff. 4), die Angabe des Tages und des Ortes der Ausstellung (Ziff. 5) und die Aussteller-Unterschrift (Ziff. 6) sind allesamt auf dem Papier enthalten. Während der Kundencheck seiner Natur gemäss jeweils nur mit einer Ausstellerunterschrift versehen wird, werden Bankchecks immer von zwei zeichnungsberechtigten Personen signiert. Diese zwei Unterschriften bedeuten eine zusätzliche Sicherung für die Banken, weil dadurch bei der Checkeinlösung eine bessere Überprüfung der Echtheit des Checks ermöglicht wird.

Eine einzige Besonderheit besteht darin, dass sowohl beim Aussteller wie beim Bezogenen dieselbe Person aufgeführt ist. Der Text ist aber nicht so formuliert, dass diese Person verspricht, eine Zahlung zu leisten; sie weist sich vielmehr selbst zur Zahlung an ("Zahlen Sie ...").

§ 7 Die Eignung des trassiert-eigenen Bankchecks als Check nach den materiellen Bestimmungen des Checkgesetzes

I. Die Eigenanweisung des Ausstellers

1. Einleitung

Zutreffend wird die checkrechtliche Anweisung (Art. 1100 Ziff. 2 OR) als Sonderform der Anweisung im Sinne von Art. 466 ff. OR qualifiziert⁵⁸. Dadurch erklärt sich auch, dass an Formmängel leidende Wechsel und Checks durch Konversion als gewöhnliche Anweisungen weiterhin Bestand haben können (Art. 1102 Abs. 2 OR)⁵⁹.

Charakteristisch für eine Anweisung ist das Dreiecksverhältnis Anweisender-Angewiesener-Anweisungsempfänger (Art. 466 OR). Der trassiert-eigene Bankcheck ist wohl als Anweisung formuliert, jedoch nur mit zwei Beteiligten, da sich die ausstellende Bank selbst zu einer Zahlung anweist. Es stellt sich deshalb die Frage, ob man eine solche Aufforderung an sich selbst rechtlich auch wirklich als Anweisung bezeichnen kann; geht man nämlich davon aus, dass sich in einem solchen Fall der "Anweisende" ja selbst unmittelbar gegenüber dem Anweisungsempfänger verpflichtet, könnte man den Schluss ziehen, dass vielmehr ein etwas umständlich formuliertes, abstraktes Schuldversprechen wie beim Eigenwechsel vorliegt. Dadurch würden diejenigen Thesen bestätigt, welche auf trassiert-eigene Bankchecks Art. 1151 OR anwenden wollen.

Für die Analyse des Phänomens der Eigenanweisung soll zuerst die Anweisung im Sinne der Art. 466 ff. OR betrachtet werden (2.), damit hiervon ausgehend die Besonderheiten der checkrechtlichen Anweisung untersucht werden können (3.).

2. Die Anweisung im Sinne der Art. 466 ff. OR

Die Anweisung stellt nach ganz überwiegender Lehre eine sog. Doppelermächtigung⁶⁰ dar: sie ist einerseits eine Zahlungsermächtigung an den

⁵⁸ BGE 80 II 87; Zimmermann, Art. 1100 OR N 4.

⁵⁹ Guhl/Merz/Kummer 509; BGE 40 II 408, 80 II 87 E 4.

⁶⁰ z.B. Oser/Schönenberger, Art. 466 OR N 9; Guhl/Merz/Kummer 507 ff.; a.A. Gautschi, Art. 466 N 1 a OR, der nach wie vor von einem Rechtshandlungsauftrag zugunsten eines Dritten spricht.

Angewiesenen, in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Anweisenden, an den Anweisungsempfänger zu leisten. Dieser erhält andererseits die Empfangsermächtigung, in eigenem Namen die Leistung vom Angewiesenen zu erheben⁶¹.

Die Anweisung selbst bewirkt für die Parteien keine Verpflichtungen; solche entstehen nur aufgrund eines neben der Anweisung einhergehenden Rechtsgeschäfts (meistens ein Auftrag), einer vom Angewiesenen erklärten Annahme (Art. 468 Abs. 1 OR) oder schliesslich eines der Anweisung zugrundeliegenden Schuldverhältnisses (Art. 468 Abs. 2 OR)⁶².

Dementsprechend lässt diese Doppelermächtigung allein noch keine durchsetzbaren Ansprüche entstehen.

Schliesslich gilt es darauf hinzuweisen, dass die Anweisung ein abstraktes Rechtsgeschäft ist; die Leistung des Angewiesenen ist unabhängig von den zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnissen. Grund und Zweck der Ermächtigungen "wie der darauf basierenden Vollzugsleistung sind rechtlich nicht Bestandteil der Anweisung"⁶³. Aus diesem Grund ist die Anweisung auch ein so praktikables Institut, welches verschiedensten Rechtsgeschäften zugrundegelegt werden kann.

3. Die Besonderheiten der checkrechtlichen Anweisung

a) Allgemeines

Auch die checkrechtliche Anweisung stellt eine Doppelermächtigung dar. Sie gilt denn auch lediglich als eine Sonderform der Anweisung i.S. der Art. 466 ff. OR⁶⁴. In der Regel bezweckt sie ebenfalls die gleichzeitige Erfüllung von zwei Schuldverhältnissen (einerseits das Deckungsverhältnis zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen, auf der anderen Seite das Valuta-Verhältnis zwischen dem Aussteller und dem Checknehmer). Die checkrechtliche Anweisung ist abstrakt und gänzlich unabhängig von den beiden Grundverhältnissen, da nur sie vom Rechtsschein des Checks erfasst wird. Bedingt durch diesen Ermächtigungscharakter und das Annahmeverbot von Art. 1104 OR verschafft der Check dem berechtigten Nehmer keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Bezogenen; ein solcher entsteht nur gegen den Aussteller und die übrigen Checkverpflichteten, sobald der Nehmer im Nichteinlösungsfall Protest erhebt (Art. 1128 OR). Das im Check verbriefte Recht verleiht also dem Nehmer primär nicht einen direkt durchsetzbaren Anspruch, sondern vielmehr eine abstrakte Vermögens- oder Rechtsmacht.

⁶¹ Oser/Schönenberger, Art. 466 OR N 9.

⁶² Oser/Schönenberger, Art. 466 OR N 13.

⁶³ Oser/Schönenberger, Art. 466 OR N 15; ferner Guhl/Merz/Kummer 507 ff.

⁶⁴ Zimmermann, Art. 1100 OR N 4; BGE 80 II 87.

Die checkrechtliche Anweisung weist in zwei Aspekten Besonderheiten auf: der erste Aspekt ist formeller Natur und kann das Phänomen der Eigenanweisung begrifflich erklären; der zweite, materielle Aspekt beschreibt die rechtliche Stellung der Beteiligten einer checkrechtlichen Anweisung und verdeutlicht deren rechtliche Verschiedenheit vom abstrakten Schuldversprechen beim Eigenwechsel.

b) In formeller Hinsicht

Beim Erlass der Wechselordnung (und ihr folgend der Checkordnung) ging der Gesetzgeber davon aus, dass das Wechselrecht eine Sonderordnung innerhalb des Privatrechtssystems darstellt⁶⁵. Bei der internationalen Wechsel- und Checkrechtsvereinheitlichung bestand die hauptsächliche Schwierigkeit darin, dass ein und dasselbe Wechsel- und Checkrecht in die verschiedensten Privatrechtsordnungen lückenlos eingefügt werden musste. Um nicht mit verschiedenen Rechtsordnungen in Konflikt zu kommen oder sie gar auszuhöhlen, blieb die Regelung der zwischen den Parteien bestehenden materiellen Beziehungen (d.h. also die Grundverhältnisse zwischen den an einem Wechsel — bzw. checkrechtlichen Verhältnis beteiligten Personen) den einzelnen Mitgliedstaaten vorbehalten⁶⁶. Das einheitliche Checkrecht hingegen stellt nur auf die äussere Form der abstrakten Checkrechtsverhältnisse ab. Mit dieser blossen Regelung der äusseren Form der Rechtsverhältnisse wurde gleichzeitig ein weiterer wichtiger Zweck verfolgt: als Wertpapiere des öffentlichen Glaubens müssen Wechsel und Checks in besonderem Mass verkehrsfähig sein. Aus diesem Grund wird auch das Vertrauen, welches der Verkehr in einen formgerecht ausgestellten Check setzt, weitgehend geschützt. Der gutgläubige Nehmer soll sich auf den Rechtsschein einer formell gültigen Urkunde verlassen dürfen. Dies wurde eben erreicht mit der weitgehenden Abstraktheit der Wechsel- und Checkrechtsverhältnisse. Durchbrochen wird dieser Grundsatz nur da, wo das Gesetz sich selbst eine Schranke setzt⁶⁷ (vgl. z.B. Art. 1007 OR, welcher Einreden gegen den Nehmer zulässt, der “bewusst zum Nachteil des Schuldners gehandelt hat”).

Dieses Abstellen auf die äussere Form der Checkrechtsverhältnisse erklärt auch den Grundsatz der sog. Selbständigkeit der Wechsel-(und Check)erklärungen⁶⁸: trägt ein Wechsel gefälschte, erdichtete oder sonstwie ungültige Unterschriften, so hat dies auf die Gültigkeit der übrigen Unterschriften keinen Einfluss (Art. 997 OR). Gälte dieser Grundsatz nicht, so müsste sich der Nehmer zuerst über die Gültigkeit jeder Checkunterschrift Sicherheit verschaffen. Dadurch würde natürlich die Verkehrsfähigkeit der

⁶⁵ Hupfer 100.

⁶⁶ Jacobi 363; Hupfer 100.

⁶⁷ Zimmermann, Vorbem. II vor Art. 1100 OR N 3.

⁶⁸ Hueck/Canaris 52f.

Checks aufgehoben. Sobald also ein formell gültiger Check im Sinne von Art. 1100 OR vorliegt, ist eine Vertrauensgrundlage geschaffen, auf die sich der Verkehr verlassen darf. Aus denselben Überlegungen lassen sich auch die Ziehung eines Wechsels oder Checks an die eigene Order und die Eigentrassierung erklären, weil auch hier bloss der Form nach auf die Voraussetzungen einer Anweisung abgestellt wird (Art. 1143 Z. 2 i.V. mit Art. 993OR). Kombiniert man diese beiden Varianten zum an sich sinnlosen "rechtlichen Monstrum"⁶⁹ eines trassiert-eigenen Bankchecks an eigene Order (Aussteller, Bezogener und erster Nehmer sind dieselbe Person), liegt es auf der Hand, dass demselben keine selbständige rechtliche Wirkung zukommt, obwohl es im Checkgesetz eine klare Grundlage hat; von einer abstrakten Vermögensmacht kann hier allemal nicht die Rede sein. Einen eigentlichen Sinn erhalten diese Papiere natürlich erst, wenn sie an eine Drittperson weiterbegeben werden: in diesem Augenblick entsteht eine realisierbare Forderung, da Berechtigter und Verpflichteter verschieden sind. Auch vorher bestand die Forderung zwar bereits formell, sie ruhte aber bis zum Augenblick ihrer effektiven Realisierbarkeit.

Ähnliches gilt für die Eigentrassierung: es scheint auf den ersten Blick schwer verständlich, warum der Aussteller sich selbst ermächtigt, eine Zahlung zu leisten und nicht einfach ein abstraktes Zahlungsversprechen abgibt. Nach dem Sinn des Gesetzes treten jedoch formell zwei Personen in Erscheinung: ein und dieselbe Bank wird als Bezogene zur Zahlung ermächtigt, und als Ausstellerin zur Zahlung verpflichtet. Für den Verkehr allein massgebend ist die Tatsache, dass ein formell gültiger Check vorliegt, auf dem sowohl ein Aussteller wie ein Bezogener aufgeführt sind. Deutlich wird diese "Personenverschiedenheit" erst, wenn die Bank in ihrer Funktion als Bezogene den Check nicht einlöst: leistet sie keine Zahlung, kann sie, jetzt in ihrer Eigenschaft als Ausstellerin, auf dem Wege des Rückgriffs belangt werden⁷⁰.

In formeller Hinsicht liegt also eine gültige checkrechtliche Anweisung vor. Diese formelle Betrachtungsweise widerspricht übrigens nicht einmal Sinn und Geist der zivilrechtlichen Anweisung. Auch die Anweisung i.S. der Art. 466 ff. OR ist ja abstrakt und als solche unabhängig von den ihr zugrundeliegenden Kausalverhältnissen⁷¹.

c) In materieller Hinsicht

Die checkrechtliche Vermögensmacht wird gesichert durch eine strenge Rückgriffsordnung: der Aussteller ist gegenüber dem Nehmer dafür verantwortlich, dass der Bezogene den Check einlöst (Art. 1128 ff. OR). Durch den strengen Checkregress unterscheiden sich die wechsel- und die checkrecht-

⁶⁹ Merz 58.

⁷⁰ Merz 57.

⁷¹ Oser/Schönenberger, Art. 466 OR N 15 ff.

liche Anweisung auch zur Hauptsache von der zivilrechtlichen Anweisung. Die Rückgriffshaftung ist eine unmittelbare und zwingende gesetzliche Folge des Ausstellungsaktes; deshalb bedarf es theoretisch nicht einmal einer dahingehenden rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Ausstellers (obwohl eine solche normalerweise erfolgt)⁷². Eine Begründung dafür findet sich in Art. 1143 Ziff. 3 i.V. mit Art. 999 Abs. 2 2. Hs. OR, wonach jeder Vermerk, durch den der Aussteller seine Haftung für die Zahlung ausschliesst, als nicht geschrieben gilt: mithin ist auch eine Anfechtung des Checks wegen Irrtums über die Haftungsfolgen ausgeschlossen⁷³. Eine Auslegung in *majoris minus* ergibt nämlich, dass wenn schon die Haftung durch denjenigen nicht ausgeschlossen werden kann, welcher auf dem Papier einen ausdrücklichen Vermerk anbringt, dies erst recht für denjenigen gelten muss, der sich über die Haftungsfolgen im Irrtum befand, ohne eine entsprechende Erklärung abzugeben⁷⁴. Die Verpflichtung des Ausstellers beruht also nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, sondern ist eine zwingende gesetzliche Folge des Ausstellungsaktes, welche über den durch das Papier vermittelten Rechtsschein hinaus wirkt; sie gilt nämlich nicht nur zugunsten von gutgläubigen Drittnehmern, sondern auch zum Schutze des unmittelbaren Vertragspartners des Ausstellers, d.h. des ersten Nehmers. Rehfeldt/Zöllner⁷⁵ bezeichnet sie deshalb als "eine die institutionelle Bedeutung des Wechsels (Checks) grundsätzlich ausformende gesetzliche Vorschrift".

Diese subsidiäre gesetzliche Einstandspflicht verdeutlicht auch den Unterschied zwischen dem trassiert-eigenen Bankcheck und dem eigenwechselähnlichen Zahlungsversprechen. Bei letzterem garantiert der Aussteller die Einlösung nicht mittels einer gesetzlichen Einstandspflicht, sondern sein Wille ist vielmehr auf die direkte Verpflichtungsübernahme gerichtet⁷⁶. Diese Unterscheidung ist zugegebenermassen gekünstelt, da der Aussteller des trassiert-eigenen Bankchecks mit dessen Begebung gewöhnlich sicher ein direktes Zahlungsversprechen abgeben will.

Immerhin aber werden der Aussteller des eigenwechselähnlichen Zahlungsversprechens und der Aussteller des trassiert-eigenen Bankchecks mit der Begebung der Urkunde auch in verschiedenem Ausmasse verpflichtet: um gegen den Aussteller des Eigenwechsels⁷⁷ vorgehen zu können, bedarf es weder einer zeitgerechten Präsentierung der Urkunde noch eines Pro-

⁷² Jacobi 363; Rehfeldt/Zöllner 31; vgl. ferner Baumbach/Hefermehl, Art. 9 WG N 1.

⁷³ Rehfeldt/Zöllner 68.

⁷⁴ Rehfeldt/Zöllner 68; Hueck/Canaris 69.

⁷⁵ S. 68.

⁷⁶ Jacobi 383.

⁷⁷ Zahlungsversprechen an Ordre stehen den eigenen Wechseln gleich (Art. 1151 Abs. 1 OR), weshalb im folgenden nur die Bestimmungen über den Eigenwechsel zitiert werden.

testes (Art. 1050 Abs. 1 i.V. mit Art. 1098 Abs. 1 OR)⁷⁸. Der Nehmer kann vom Aussteller bis zum Ablauf der Verjährungsfrist (3 Jahre, Art. 1069 Abs. 1, 1098 Abs. 1 OR) Zahlung fordern. Versäumt er Präsentierung und Protest, so verliert er hingegen seine Regressrechte gegenüber den anderen aus dem Wechsel Verpflichteten.

Anders beim trassiert-eigenen Wechsel (Check): der Nehmer muss das Papier innerhalb der Vorlegungsfrist beim Bezogenen zur Zahlung präsentieren; er kann gegen die Bank nur in deren Funktion als Ausstellerin, unter Wahrung der sog. Diligenzpflichten (Protest, Art. 1128 OR) subsidiär Rückgriff nehmen. Wird der Check nicht fristgerecht vorgelegt, so verfällt der durch den Checkregress gesicherte Anspruch (Art. 1129 Abs. 1 OR).

4. Zusammenfassung

Aufgrund der Tatsache, dass das Checkrecht nur auf die äussere Form der Rechtsbeziehungen abstellt, enthält auch der trassiert-eigene Bankcheck eine Anweisung im checkrechtlichen Sinn. Vom eigenwechselähnlichen Orderpapier (Art. 1151 OR) unterscheidet er sich aber nicht bloss der Form nach. Entsprechend der unterschiedlichen rechtlichen Folgen erklärt der Aussteller eines trassiert-eigenen Bankchecks kraft einer zwingenden gesetzlichen Einstandspflicht, sich selber anzuweisen, innerhalb der Vorlegungsfrist eine bestimmte Geldsumme (Checkbetrag) zu leisten, während der Aussteller eines Eigenwechsels ein Zahlungsversprechen abgibt, wofür er ungeachtet von Vorlegungsfrist und Protest einstehen muss.

II. Die Deckungsbeweis-Eigenschaft⁷⁹

Der gewöhnliche Check wird vom ausstellenden Kunden auf ein Konto gezogen, das er bei der bezogenen Bank unterhält⁸⁰. Das Papier allein gibt dem Nehmer noch nicht den Beweis, dass auf diesem Konto genügend Deckung vorhanden ist. Er kann sich lediglich telefonisch bei der bezogenen Bank darüber erkundigen. Die Banken pflegen jedoch nicht eine verbindliche Bestätigung zu geben, sondern können dem Nehmer lediglich mitteilen, dass zur Zeit des Anrufs Deckung vorhanden sei und demgemäss im Moment der Anfrage der Check eingelöst werden könnte⁸¹. Dies gibt

⁷⁸ Guhl/Merz/Kummer 841; BGE 55 II 90; Baumbach/Hefermehl, Art. 77 WG N 1; Rehfeldt/Zöllner 115; Hueck/Canaris 154.

⁷⁹ In dieser Beziehung gleichen die trassiert-eigenen Checks den Reisechecks, vgl. dazu Heini-chen 60f.

⁸⁰ Habicht 33; Schluep, SPR VII 2, 877f.

⁸¹ Zimmermann, Art. 1104 OR N 11 c.

dem Nehmer aber keinerlei Garantie, dass der Check im späteren Zeitpunkt der Einlösung immer noch gedeckt ist. Mit der Ausgabe von trassiert-eigenen Bankchecks hingegen gibt die Bank zumindest konkludent zu erkennen, dass genügend Deckung vorhanden ist⁸². Dies sowohl im Falle, wo sie bereits durch den Besteller Deckung erhalten hat, wie da, wo sie den Check für ihre eigenen Zahlungen verwenden möchte. Rechtlich kann dies dadurch begründet werden, dass es für die Bank völlig sinnlos wäre, die Einlösung wegen fehlender Deckung zu verweigern; sie müsste dann für denselben Betrag und die zusätzlich anfallenden Rückgriffskosten einfach in ihrer Eigenschaft als Ausstellerin aufkommen (Art. 1128 OR). Die Deckung ist selbst dann vorhanden, wenn der Check in den Verkehr gelangt, ohne dass der Besteller im voraus Zahlung geleistet hat⁸³. Ein solcher, lediglich das Innenverhältnis zwischen dem Besteller und der Bank⁸⁴ betreffender Mangel kann dem auf den Rechtsschein der Urkunde vertrauenden gutgläubigen Nehmer nicht entgegengehalten werden. Für den Verkehr einzig ausschlaggebend ist die Tatsache, dass die bezogene/ausstellende Bank — wenn auch nur auf dem subsidiären Weg des Rückgriffs — gesetzlich verpflichtet ist, für den Checkbetrag einzustehen.

Wie beim Reisecheck-Verkehr ist somit eine grosse Vertrauensgrundlage geschaffen⁸⁵; die Nehmer trassiert-eigener Bankchecks können sich darauf verlassen, dass bei der ausstellenden/bezogenen Bank immer die nötige Deckung vorhanden ist. Die gesetzliche Rückgriffshaftung der Bank stellt somit eine Garantie dar, die rechtlich zwar nicht in der Form einer Zahlungsverpflichtung, sondern im Ausschluss der Einwendung mangelnder Deckung besteht⁸⁶. Anstelle eines Ausstellerkontos haftet also das gesamte Geschäftsvolumen der Bank für den Checkbetrag⁸⁷. Durch diese dem Papier sozusagen innewohnende Deckung wird das Wesen der Eigentrassierung noch deutlicher: hinsichtlich der spezifisch checkrechtlichen Folgen liegt wohl eine Anweisung vor, materiell jedoch entspricht sie vielmehr der Bestätigung einer eigenen Zahlungsverpflichtung.

Die wirtschaftlichen Folgen dieses Aspekts bestehen in der Geldähnlichkeit⁸⁸ der trassiert-eigenen Bankchecks und im Vertrauen, welches sie im Verkehr genießen.

⁸² I.d.S. Heinichen 60; vgl. auch App. G BE ZBJV 113, 356.

⁸³ Das wäre z.B. der Fall, wenn die Bank den Check auf Kredit ausgestellt hat und der Besteller keine Rückzahlung leistet. In der Praxis erhalten aber nur vertrauenswürdige Kunden Kredit, so dass dies kaum vorkommen dürfte.

⁸⁴ Vgl. § 11 II 2b; § 20 I 2b.

⁸⁵ Heinichen 61.

⁸⁶ Ders. 61.

⁸⁷ Freilich können bei dubiosen, wenig kreditwürdigen Banken ebenfalls Zweifel hinsichtlich der Deckung bestehen; darum werden in der Regel auch nur "Prima"-Bankchecks verlangt, der Check einer kreditunwürdigen Bank ist genauso wenig wert wie ein Konto bei derselben.

⁸⁸ Vgl. III 3, dieses §, § 9 II.

III. Der trassiert-eigene Bankcheck und das Annahmeverbot (Art. 1104 OR)

1. Einleitung

Dadurch, dass die ausstellende Bank einen Check auf sich selbst zieht, wird sie zur Hauptschuldnerin aus dem Papier; mit andern Worten geht hier der Bezogene — wenn auch formell nur auf dem Weg des Rückgriffs — eine unmittelbare Verpflichtung gegenüber dem Checknehmer ein. Auf diesem Wege wird genau das erreicht, was der Gesetzgeber eigentlich mit dem zwingenden Annahmeverbot (Art. 1104 OR) verhindern wollte. Durch die Hingabe eines trassiert-eigenen Bankchecks vermag ein Geldschuldner seinem Gläubiger die gleiche Sicherheit zu bieten wie mit der Hingabe eines von einer guten Bank angenommenen Checks. Durch die ausdrückliche gesetzliche Sanktionierung der Eigentrassierung⁸⁹ hat der Gesetzgeber jedoch selbst eine Umgehung des Annahmeverbots ermöglicht.

An der Genfer Checkrechts-Konferenz⁹⁰ befürchtete man, durch die Checkannahme würde der Bezogene aufhören, blosses Zahlungsorgan zu sein, um zum eigentlichen Schuldner der Nehmers zu werden; dadurch aber könnte sich der Check funktionswidrig zu einem "steuerfreien Kreditpapier mit "Banknoten-Ähnlichkeit"⁹¹ entwickeln.

Mit dem Annahmeverbot wollte man nicht den Rechtserwerb des Checknehmers verhindern; vielmehr sollte der Aussteller dazu gezwungen werden, für den Check immer ein Guthaben beim Bezogenen bereitzuhalten⁹². Die Konferenz hielt am Annahmeverbot fest, ungeachtet der in den angelsächsischen Ländern gemachten Erfahrungen, wo der Checkverkehr auch mit der Checkannahme bestens funktioniert⁹³. Ebenso hat der Umlauf der trassiert-eigenen Bankchecks die Ansicht derjenigen Autoren⁹⁴ bestätigt, welche das Akzeptverbot als überflüssige Bestimmung abtun.

Das Annahmeverbot ist deshalb überflüssig, weil andere, weniger einschneidende Bestimmungen des Checkrechts genügt hätten, um die Funktion des Checks als reines Zahlungsmittel zu gewährleisten: so die Wirkungslosigkeit des Indossaments an den Bezogenen (Art. 1109 Abs. 3 OR), das Verbot der Checkbürgschaft durch den Bezogenen (Art. 1114 Abs. 2 OR), die Zahlbarkeit bei Sicht (Art. 1115 Abs. 1 OR) und die kurzen Vorle-

⁸⁹ Vgl. § 5.

⁹⁰ CR 198, Quassowski; CR 202, Motta.

⁹¹ Liesecke, WM 1971, 1232; vgl. auch CR 198, Quassowski; CR 202, Trouiller.

⁹² Jacobi 571.

⁹³ Liesecke, WM 1971, 1232ff.

⁹⁴ Zimmermann, Art. 1104 N 3, 3 aff.; Nobel 411ff.; Auckenthaler 19ff.; Liesecke, WM 1971, 1232.

gungsfristen von Art. 1116 OR⁹⁵. Dass sich die infolge der Umgehung des Annahmeverbots für die trassiert-eigenen Bankchecks anlässlich der Genfer Konferenz erhobenen Bedenken nicht bewahrheiteten, soll unter dem Aspekt der Krediteigenschaft dieser Papiere (2.) und (3.) durch einen Vergleich mit der Banknote belegt werden.

2. Die Krediteigenschaft des trassiert-eigenen Bankchecks

Durch das Annahmeverbot wollte man verhindern, dass auf dem Wege der Checkziehung die Bestimmungen des BG über die Stempelabgaben (StStG)⁹⁶ umgangen würden, und somit steuerfreie Kreditpapiere zirkulieren könnten. Diese Befürchtungen sind jedoch seit der Revision dieses Gesetzes vom 27. Juni 1973 gegenstandslos geworden, indem der Wechselstempel in der Schweiz aufgehoben wurde⁹⁷. Dass dieses Argument aber so oder so keine Beachtung verdient, zeigt ein Vergleich der Krediteigenschaft trassiert-eigener Bankchecks mit jener des Wechsels⁹⁸. Die Verpflichtung der ausstellenden/bezogenen Bank besteht — im Gegensatz zur Verpflichtung aufgrund einer Wechselannahme — nur während den kurzen Vorlegungsfristen von Art. 1116 Abs. 1 und 2 OR und sofern der Berechtigte im Falle einer Nichteinlösung innerhalb dieser Zeit seinen Diligenzpflichten nachgekommen ist (Art. 1128 und 1129 OR); demgegenüber besteht die Verpflichtung des Wechselannehmers auch bei Fristversäumnis (Art. 1050 Abs. 2 OR). Während also die Annahme eine Zahlungspflicht begründet, die unabhängig ist vom Zeitpunkt der Präsentation des Papiers, verpflichtet sich die ausstellende/bezogene Bank nur bei einer fristgemässen Vorlegung des Checks⁹⁹.

Die Gefahr eines Kreditmissbrauchs enfällt aber auch aus rein wirtschaftlichen Überlegungen: während beim Wechsel die Kreditierung darin besteht, dass der Aussteller ein erst später fälliges Guthaben mobilisieren will (ausser beim Sichtwechsel)¹⁰⁰, schaut beim trassiert-eigenen Bankcheck die Bank darauf, dass sie für den von ihr auszustellenden Check im vorneherein oder mindestens Zug um Zug Deckung erhält. Auf Kredit wird ein

⁹⁵ Vgl. IV dieses §.

⁹⁶ Art. 37 ff. a StStG vom 4. Oktober 1917.

⁹⁷ Die heutige Fassung des StStG sieht nur noch eine Umsatzabgabe vor für die entgeltliche Übertragung des Eigentums an Wechseln, sofern eine der Vertragsparteien oder einer der Vermittler inländischer Effektenhändler ist (Art. 13 Abs. 1, Abs. 2 lit. a StStG); davon ausgeschlossen ist die Wechseldiskontierung durch eine inländische Bank (Art. 14 Abs. 1 lit. c StStG).

⁹⁸ Ähnlich Vasseur/Marin 49 N 39.

⁹⁹ Vgl. i.d.S. für den bestätigten Check der Deutschen Bundesbank Prost, NJW 1959, 1950. De lege ferenda wäre es durchaus realisierbar, eine checkrechtliche Annahme einzuführen, die bereits mit Ablauf der Vorlegungsfrist wieder verfällt.

¹⁰⁰ Auckenthaler 26.

solcher Check höchstens dann ausgestellt, wenn der Besteller ein guter Kunde und dementsprechend vertrauenswürdig ist; von einem Gebrauch zu Kreditzwecken kann aber ohnehin in keinem dieser Fälle die Rede sein, weil die ausstellende Bank — und nur darauf, auf das Aussenverhältnis, kommt es ja an — aus dem Papier verpflichtet wird; nur ihre Person kann also massgebend sein für die Frage eines Kreditmissbrauchs.

Auch die von den Banken für eigene Bedürfnisse ausgestellten und in Zahlung gegebenen trassiert-eigenen Bankchecks eignen sich nicht als Kreditpapiere, obwohl an der Genfer Konferenz entsprechende Bedenken laut wurden. Man befürchtete nämlich¹⁰¹, dass bei diesen Papieren die automatische Deckungskontrolle, wie man sie bei den auf eine andere Bank gezogenen Checks findet, entfällt. Sollte also ein solches Papier bei der ausstellenden/bezogenen Bank präsentiert werden, so brauche das Institut, welches nicht über genügend Deckung verfügt bloss ein neues Papier in Umlauf zu bringen, was jede weitere Kontrolle seiner Finanzlage verunmöglichen würde. Auf diese Weise könnten ehemals vertrauenswürdige, renommierte Bankhäuser ihre eigene Substanz aushöhlen, ganz unter Wahrung der äusseren Fassade. In extremis würde dann eine ganze Anzahl solcher Checks zirkulieren, die in Tat und Wahrheit überhaupt nicht mehr gedeckt wären. Diese Theorien stellten sich in der Praxis jedoch als utopisch und wirklichkeitsfremd heraus. Weder aus dem Inland noch aus dem Ausland sind mir derartige Fälle bekannt¹⁰².

Für trassiert-eigene Bankchecks, bei welchen die kurze, achttägige Vorlegungsfrist von Art. III 6 Abs. 1 OR gilt^{102a}, wäre ein solches Verfahren denn auch höchst unpraktikabel. Zudem wird niemand behaupten, ein Bankhaus könne seine Kreditwürdigkeit aufrecht erhalten, indem es anstelle der Einlösung von Checks einfach neue Papiere in Umlauf setzt. Mit einem solchen Verhalten würde sich die Bank ihren Kunden gegenüber selbst als kreditunwürdig darstellen. Da schliesslich die Bonität der Ausstellerbank ganz entscheidend ist für die Umlauffähigkeit der trassiert-eigenen Bankchecks, kann man sich eine massenweise Zirkulation solcher, von wenig kreditwürdigen Banken ausgestellten Papiere, auch kaum vorstellen.

¹⁰¹ CR 158, van Zeeland.

¹⁰² An dieser Stelle sei auf die in den letzten Jahren von italienischen Banken infolge Währungsverknappung emissionierten privaten Banknoten hingewiesen; sie unterscheiden sich von den trassiert-eigenen Checks dadurch, dass sie serienweise, auf verschiedene Beträge lautend ausgestellt werden; rechtlich besteht der wesentliche Unterschied darin, dass sie als abstrakte Zahlungsverprechen formuliert und keiner Präsentationsfrist unterworfen sind. Der Umlauf dieser Papiere war aber sehr begrenzt und einer natürlichen Kontrolle unterworfen, da die wenigsten der emissionierenden Kredithäuser im ganzen Lande bekannt sind, und die Kreditwürdigkeit der meisten Institute demzufolge nur in einem näheren geographischen Umkreis bekannt war.

^{102a} Vgl. IV dieses §.

3. Vergleich mit der Banknote

Wegen ihrer starken Geldähnlichkeit, so befürchtete man an der Genfer Konferenz, könnten Checks, vor allem solche, die auf den Inhaber lauten und mit einer rechtsgültigen Annahmeerklärung versehen sind, im Verkehr wie Banknoten verwendet und zu diesem Zweck in Umlauf gegeben werden. Bezüglich der trassiert-eigenen Bankchecks vertraten Votanten sogar die Ansicht, diese könnten gegen das Banknotenmonopol der Zentralbanken verstossen^{102b}, ja sogar Inflationen herbeiführen^{102c}.

Nach schweizerischem Recht würde "die Ausgabe von Banknoten und anderen gleichartigen Geldzeichen" (Art. 39 BV i.V. mit Art. 65 NBG) einen strafbaren Verstoß gegen das Banknotenmonopol der Nationalbank darstellen.

Die trassiert-eigenen Bankchecks unterscheiden sich jedoch in verschiedener Hinsicht vom Währungsgeld^{102d}:

Rein äusserlich besteht der Unterschied darin, dass trassiert-eigene Bankchecks nicht gestückelt in den Verkehr gebracht werden. "Eine den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Stückelung"¹⁰³ weist ein Zahlungsmittel auf, wenn es "serienweise, in relativ kleinen Beträgen ausgegeben wird" (z.B. in der Schweiz: Geldnoten zu 10, 20 usw. Schweizerfranken). Im Gegensatz dazu werden trassiert-eigene Bankchecks nur einzeln, und in der Regel auf hohe Beträge lautend, ausgestellt. Das rührt daher, dass für einen vermehrten Umlauf eben gar kein Bedürfnis besteht. Trassiert-eigene Bankchecks werden im Vergleich zum Kundencheck eher selten verlangt und spezifischen Zwecken dienstbar gemacht. Dementsprechend eignen sie sich auch weniger für den das Währungsgeld charakterisierenden Geldumlauf; es ist nämlich anerkannt, dass sich Zahlungsmittel umso weniger für den Umlauf eignen, je höher die Beträge sind, auf welche sie lauten¹⁰⁴.

^{102b} CR 156, Mark van Nierop.

^{102c} CR 156, Giannini.

^{102d} Eine andere Frage ist jedoch die Geldeigenschaft der trassiert-eigenen Checks, wenn diese zur Erfüllung einer Geldschuld hingegeben werden; vgl. § 9 II.

¹⁰³ Vgl. Hahn, Bl GenW 1960, 141ff.

¹⁰⁴ Hahn, Bl GenW 1960, 142.

Als Umlaufmittel würde der trassiert-eigene Bankcheck ferner fungieren, wenn er von den Checknehmern beliebig zu Zahlungen weitergegeben und von der bezogenen Bank nicht eingelöst, sondern wie Stückgeld wieder ausgegeben werden könnte. Hier schiebt die achttägige Vorlegungsfrist einen Riegel, der verhindern soll, dass diese Papiere eine zweckwidrige Verwendung finden. Trassiert-eigene Bankchecks werden nur zu einmaligen Zahlungen gebraucht¹⁰⁵. Einmal beim Bezogenen eingelöst, wird der Check entwertet und verliert seine Eigenschaft als Wertpapier.

Eine weitere Eigenschaft, welche die Banknoten umlauffähig macht, ist ihre formlose Übertragbarkeit¹⁰⁶. Formlos können Checks nur als Inhaberpapiere zirkulieren. Der schweizerische Zahlungsverkehr jedoch kennt heute wegen des geringeren Missbrauchsrisikos — namentlich beim Bankcheck — fast ausschliesslich Orderpapiere. An einen Massenumlauf ist demzufolge auch nicht zu denken.

Banknoten erfreuen sich endlich durch “allgemeine Aufnahmebereitschaft oder Bonität allgemeiner Anerkennung”¹⁰⁷. Nur in dieser Beziehung entspricht der “Prima”-Bankcheck qualitativ der Banknote. Massgebend für die Bonität eines Papieres ist nämlich nicht in erster Linie die rechtliche Sicherung des aus dem Papier Berechtigten (vgl. dazu die rechtlichen Schutzbestimmungen wie Protest, Rückgriff usw.), sondern die Güte der Ausstellerunterschrift¹⁰⁸. Trägt deshalb ein Check die Unterschriften einer schweizerischen Grossbank, erfreut er sich praktisch gleicher Bonität wie das Notengeld. Die Kreditinstitute selbst sind indessen gar nicht sonderlich an der Ausstellung von Bankchecks interessiert¹⁰⁹. An eine massenweise Emission ist darum auch aus diesem Grunde nicht zu denken.

Bei Checks von kleinen oder kreditunwürdigen Bankhäusern besteht aus Bonitätsgründen erst recht keine Gefahr einer Banknotenkonkurrenz, da sie vom Verkehr (gleich wie gewöhnliche Kundenchecks) gar nicht wie Geld behandelt werden¹¹⁰.

4. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Eigentrasseierung eine Durchbrechung des checkrechtlichen Annahmeverbots darstellt. Nichtsdestoweniger veranschaulicht sie, dass Art. 1104 OR eigentlich überflüssig ist,

¹⁰⁵ CR 158, Gutteridge.

¹⁰⁶ Hahn, Bl GenW 1960, 142.

¹⁰⁷ Hahn, Bl GenW 1960, 142.

¹⁰⁸ Nobel 413; Zimmermann, Art. 1104 OR N 3 b.

¹⁰⁹ Vgl. § 2 II 1.

¹¹⁰ Dementsprechend vorsichtig ist man im Verkehr bei der Entgegennahme von Bankchecks ausländischer, unbekannter Kreditinstitute.

da der mit dieser Bestimmung verfolgte Zweck (nämlich die Verhinderung des Umlaufes von steuerfreien Kreditpapieren) durch die übrigen Bestimmungen des Checkgesetzes gewährleistet wird und auch nicht durch die Eigenart der trassiert-eigenen Bankchecks in Frage gestellt wird: weder eignen sich trassiert-eigene Bankchecks zum Kreditgebrauch noch besteht die Gefahr eines illegalen Banknotenumlaufs.

IV. Der trassiert-eigene Bankcheck und die Vorlegungsfrist

1. Das Problem

Für die trassiert-eigenen Inlandchecks gilt gemäss Art. 1116 Abs. 1 OR die achttägige Vorlegungsfrist, da sie im Lande der Ausstellung zahlbar sind. Diese Bestimmung ist zwingend¹¹¹ und gilt ungeachtet der Tatsache, dass solche Checks häufig in anderen Staaten zirkulieren¹¹².

Es wurde bereits oben¹¹³ festgehalten, dass die Banken dem Kunden für dessen Zahlungen ins Ausland in Eigenwährung Checks "verkaufen", die sie auf sich selber gezogen haben (sog. Platzchecks). Die unbefriedigende Folge davon ist, dass in dem Augenblick, wo der Bank ein Check aus dem Ausland vorgelegt wird, die achttägige Vorlegungsfrist bereits abgelaufen ist (vor allem beim Versand solcher Platzchecks nach Übersee); in diesen Fällen erweist sich also die gesetzliche Vorlegungsfrist für ein Papier, das an sich zu rascher Realisierung bestimmt ist, als eindeutig zu kurz.

Zwar geniessen "Prima"-Bankchecks auch nach dem Ablauf der Vorlegungsfrist ein grosses Vertrauen im Verkehr und werden in der Regel von den Banken ohne Bedenken entgegengenommen; sobald sich jedoch Probleme einstellen (z.B. Verlust, Diebstahl usw.), zeigt es sich, dass ein Checknehmer rechtlich auf sehr schwachen Füßen steht.

2. Folgen der Bindung des trassiert-eigenen Bankchecks an die Vorlegungsfrist

Die Unmöglichkeit, solche Eigenwährungchecks rechtzeitig zur Zahlung vorzulegen, hat namentlich folgende rechtliche Konsequenzen:

Nach Art. 1128 Abs. 1 OR ist die Einhaltung der Vorlegungsfrist Voraussetzung für den Rückgriff des Checknehmers mangels Zahlung. Dieser

¹¹¹ Zimmermann, Art. 1116 OR N 18.

¹¹² Zimmermann, Art. 1116 OR N 13.

¹¹³ Vgl. § 2 III 1a.

Behelf bleibt jedoch Nehmern von Eigenwährungschecks, welche im Ausland zirkulieren, vorenthalten: die für den Checkprotest erforderliche Einhaltung der achttägigen Vorlegungsfrist wird regelmässig verstrichen sein. Eine Nichteinlösung solcher Checks mangels vorhandener Deckung ist zwar sehr unwahrscheinlich, da trassiert-eigene Bankchecks ja die Deckung in sich tragen; es gibt aber auch andere Gründe, die Zahlung zu verweigern, so z.B. aufgrund eines Widerrufs im Sinne von Art. 1119 Abs. 1 OR oder eines Zahlungsverbots gemäss Art. 1119 Abs. 3 OR.

Praktisch bedeutsamer ist jedoch die in Art. 1113 Abs. 1 OR enthaltene Folge, wonach ein nach Ablauf der Vorlegungsfrist auf den Check gesetztes Indossament bloss die Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung hat. Da in der Regel die achttägige Frist bereits abgelaufen ist, bis der erste Nehmer in Übersee den Check erhält, wird es diesem meistens nicht mehr möglich sein, den Check mit den spezifischen rechtlichen Folgen des Indossaments zu übertragen (Art. 1108 ff. OR).

Im weiteren hat der Ablauf der Vorlegungsfrist zur Folge, dass der Check frei widerruflich wird (Art. 1119 OR). Diese Lage schafft vor allem Probleme beim Abhandenkommen trassiert-eigener Bankchecks, wenn der Besteller die ausstellende Bank bittet, den von ihm bezahlten Check umgehend zu widerrufen¹¹⁴: soll die Bank im Interesse der Verkehrsfähigkeit ihrer Checks das vom gutgläubigen Nehmer in ihren Check gesetzte Vertrauen honorieren und zahlen, oder soll sie sich im Interesse ihres Kunden (Bestellers) auf den Ablauf der Vorlegungsfrist berufen¹¹⁵?

Der zu frühe Ablauf der Vorlegungsfrist bei Inlandchecks, die im Ausland zirkulieren, führt dazu, dass die rechtliche Stellung der aus dem Papier berechtigten Personen stark geschwächt wird: je nach geschäftspolitischen Interessen könnte die Bank den Besteller bevorzugen und auf dessen Veranlassung den Check widerrufen, oder aber, wenn der Checknehmer seinerseits ein guter Kunde ist, diesem den Checkbetrag auszahlen. Der Nehmer könnte sich mit keinem checkrechtlichen Behelf mehr zur Wehr setzen (Protest, Rückgriff)¹¹⁶. Im Gegensatz dazu hätte der Nehmer eines Fremdwährungschecks, der in der Regel im Ausland zahlbar ist und bei welchem die in Art. 1116 Abs. 2 OR enthaltenen längeren Fristen gelten, bei gleichwertigen materiellen Interessen noch ein vollwertiges Wertpapier in den Händen, da die Frist in der Regel noch nicht abgelaufen sein wird.

Man mag sagen, dass dieser Konflikt belanglos sei, da sich solche Probleme in der Bankpraxis jeweils "von selbst" lösen; Tatsache bleibt jedoch, dass das geltende, zwingende Recht für den vorliegenden Fall — zumindest

¹¹⁴ Vgl. § 27 II.

¹¹⁵ Solche Fälle sind in der Praxis indessen sehr selten.

¹¹⁶ Was bleibt, ist allenfalls ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 1143 i.V. mit Art. 1052 OR.

vordergründig — keine befriedigende Lösung bereithält. Eine Analyse von Art. 1116 OR möge deshalb zur Klärung der Rechtslage beitragen. Sie soll Aufschluss darüber geben, ob die kurze Vorlegungsfrist für diese Eigenwährungschecks überhaupt einen Sinn hat, oder ob es de lege lata gar Gründe gibt, die gegen einen Umlauf solcher Checks im Ausland sprechen.

3. Auslegung von Art. 1116 OR

a) Die Auslegung des Genfer einheitlichen Wechsel- und Checkrechts¹¹⁷

Bei der Auslegung ist zu berücksichtigen, dass Art. 1116 OR Bestandteil der *Genfer Checkrechtsordnung* ist. Deshalb gelten hier, obwohl das Gesetz von den einzelnen Mitgliedstaaten in die eigenen Privatrechtsordnungen einverleibt wurde, gewisse Besonderheiten in der Auslegung.

In der Literatur wurde immer wieder betont, dass das Wechsel- und Checkrecht ein geschlossenes Ganzes darstellt, welches eine Auslegung aus sich heraus verlangt¹¹⁸ und dabei “den Grundsatz des Verkehrsschutzes über die Billigkeit dominieren lässt, soweit es hierin nicht selbst durch Sondernormen Schranken zieht”¹¹⁹ (z.B. die Möglichkeit des gutgläubigen Checkerwerbes, Art. 1006 Abs. 2 OR, die Möglichkeit der Einreden, Art. 1007 OR). Sobald Unklarheiten oder Lücken bestehen, wird auf die Bedeutung der Rechtsvergleichung verwiesen, welche die “Gemeinsamkeiten der Rechtsanschauung als Rechtsquelle”¹²⁰ vermitteln soll.

Die heutige Lehre¹²¹ hat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung¹²² richtigerweise erkannt, dass das Wechsel- und Checkrecht keine “abgeschlossenen, vom übrigen Privatrecht ablösbaren Materien” sind, sondern vielmehr einen Teil unserer Privatrechtsordnung bilden. Demzufolge sollen zwar das Postulat der internationalen Rechtseinheit und die Rechtsvergleichung für die Auslegung Leitfaden sein: dies umso mehr, als die Genfer-Ordnung keinen internationalen Gerichtshof vorsieht, welcher eine einheitliche Rechtsanwendung garantiert hätte¹²³.

Auf der anderen Seite soll aber das Gebot der einheitlichen Auslegung nicht dazu führen, dass ausserhalb des Wechsel- und Checkrechts liegende Rechtssätze völlig ausser acht gelassen werden¹²⁴; dadurch würden diese

¹¹⁷ Vgl. Zimmermann, Vorbem. II vor Art. 1100 OR N 1ff.

¹¹⁸ Von Caemmerer in: Festschrift Hallstein, 79f. u.d.zit. Lit.; Hirsch, NJW 61 1089ff.

¹¹⁹ Zimmermann, Vorbem. II vor Art. 1100 OR N 3; Baumbach/Hefermehl, Einl. WG N 17f.

¹²⁰ Von Caemmerer in: Festschrift Hallstein, 79; Hupfer 13.

¹²¹ Baumbach/Hefermehl, Einl. SchG N 9; Meier-Hayoz, SJZ 1952 213ff., 229ff.; Vieli 24ff.

¹²² BGH WM 1960, 374; BGE 77 II 254, welcher allerdings den Materialien der Genfer-Ordnung eine zu geringe Bedeutung beimisst. Vgl. dazu die Kritik bei Zimmermann, Vorbem. II vor Art. 1100 OR N 4.

¹²³ Zimmermann, Vorbemerkung vor Art. 1100 OR N 3.

¹²⁴ Baumbach/Hefermehl, Einl. WG N 17.

Gesetze als Bestandteil unserer Privatrechtsordnung zu isolierten Fremdkörpern. Deshalb muss man sich bei der Auslegung — vor allem was das methodische Vorgehen anbetrifft — auch auf das schweizerische Privatrecht abstützen, um das Auslegungsziel, die Ermittlung des objektiven Sinns der Bestimmung, zu erreichen¹²⁵.

Eine international gänzlich einheitliche Anwendung des Genfer Wechsel- und Checkrechts wird vor allem durch seine teilweise Unvollständigkeit und die Unpraktikabilität gewisser Bestimmungen (vgl. z.B. das Annahmeverbot) erschwert. Zudem wurde die Regelung verschiedener Fragen den partikulären Gesetzgebungen der Mitgliedstaaten überlassen (Beispiel: die Eigentragung nach Art. 8 Anl. II eChG). Aus diesen Gründen auch kann sich eine gänzlich einheitliche Rechtsanwendung gar nicht realisieren lassen¹²⁶.

Für die folgende Auslegung kann vorweggenommen werden, dass durch Abstellen auf den blossen Gesetzestext und aufgrund der Stellung von Art. 1116 OR in der Systematik des Gesetzes trassiert-eigene Inlandchecks, die im Ausland zirkulieren, eindeutig der achttägigen Vorlegungsfrist von Abs. 1 unterliegen. Dies ergibt sich ganz einfach daraus, dass — auch wenn diese Papiere bei einer ausländischen Geschäftsstelle zum Inkasso eingereicht werden — auf der Urkunde ein inländischer Zahlungsort angegeben ist. Wird also ein vom SBV Zürich auf sich selbst gezogener Platzcheck beim SBV New York eingereicht, so gilt er nicht bereits als dort eingelöst. Eine Niederlassung kann nur dann den Check einlösen, wenn sie selbst auf dem Papier als Bezogene vermerkt ist, und wenn sie sich wirklich am vorgeschriebenen Zahlungsort befindet¹²⁷.

Das weitere Vorgehen in der Auslegung von Art. 1116 OR wird nach der objektiv-historischen¹²⁸ und der objektivzeitmässen Methode erfolgen¹²⁹; Auslegungselemente werden die Materialien, der Gesetzeszweck und die Realien sein.

b) Historische Auslegung

Anlässlich der Genfer Checkrechts-Konferenz wurde die kurze Dauer der Vorlegungsfristen mit dem Bedürfnis nach einem beschleunigten Checkumlauf begründet¹³⁰. Mit anderen Worten sollte verhindert werden, dass der Check entgegen seiner Bestimmung als Kreditmittel verwendet wird.

¹²⁵ Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 144; Deschenaux, SPR II, 83f.

¹²⁶ Baumbach/Hefermehl, Einl. WG N 17 bemerkt, dass sich "kleinere Abweichungen in der Handhabung durch die beteiligten Staaten nicht vermeiden lassen", und "auch meistens verhältnismässig belanglos sind".

¹²⁷ Vgl. Schütz, Bank-B 1967, 322.

¹²⁸ Vgl. Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 151ff.; Deschenaux, SPR II, 82f.

¹²⁹ Vgl. Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 162ff.; Deschenaux, SPR II, 83f.

¹³⁰ CR 208, Quassowski.

Art. 1116 OR wurde insofern als Ergänzung zum Annahmeverbot betrachtet, welchem derselbe Zweck zugrundeliegt.

An den Verhandlungen der Bundesversammlung betr. Revision des 33. Titels des Obligationenrechts¹³¹ wurde darauf hingewiesen, dass die Verlängerung der bisherigen fünftägigen Vorlegungsfrist¹³² auf acht Tage auf Grund der in der Praxis gemachten Erfahrungen erfolge. Der Bundesrat zog ursprünglich — nach Konsultationen von Fachkreisen — sogar in Erwägung, vom Vorbehalt in Anl. II Art. 14 eChG Gebrauch zu machen und die Vorlegungsfrist für Checks, die in der Schweiz ausgestellt und zahlbar sind, auf zwanzig Tage zu verlängern. Die Praxis erkannte offenbar schon damals die Probleme, welche mit den kurzen Präsentationsfristen verbunden sind. Von einer Verlängerung wurde dann aber doch abgesehen, um dem Postulat der Einheitlichkeit des internationalen Checkrechts möglichst zu entsprechen.

Weder an der Genfer-Konferenz noch an den Verhandlungen der Bundesversammlung äusserte man aber ausdrückliche Bedenken hinsichtlich der Zirkulation von Inlandchecks im Ausland und der Probleme, die damit verbunden sein könnten. Andererseits wurden auch keine Argumente vorgebracht, die grundsätzlich den Umlauf dieser Inlandchecks in Frage gestellt hätten. Die Materialien tragen also nicht unmittelbar zur Klärung des vorliegenden Problems bei.

c) Teleologische Auslegung

Abgesehen vom bereits erwähnten öffentlichen Interesse daran, dass durch die kurzen Vorlegungsfristen von Art. 1116 OR eine Verwendung der Checks als Kreditmittel verhindert werden sollte¹³³, ist die Vorlegungsfrist für die Stellung sämtlicher Beteiligten von grundsätzlicher Bedeutung. Während dieser kurzen Zeit sollen die aus dem Papier berechtigten Personen auch wirklich "Kapital" daraus schlagen können, sei es durch die Einlösung, durch ein Indossament oder durch Protestieren und die Wahrnehmung der Rückgriffsrechte im Falle der Nichteinlösung. Nach Ablauf der Vorlegungsfrist ist der Check ja frei widerruflich (Art. 1119 Abs. 1 OR).

Die Vorlegungsfrist schafft gewissermassen einen Ausgleich in dem das Check- wie das Wechselrecht "kennzeichnenden Widerstreit zwischen dem Interesse des Schuldners und dem Interesse des gutgläubigen Verkehrs"¹³⁴. Das Interesse des gutgläubigen Verkehrs soll möglichst die Stellung der Checknehmer sichern; dies geschieht erstens durch die Haftung, der sich jeder unterzieht, welcher seinen Namen auf den Check setzt, und durch die

¹³¹ Sten.Bull.NR 1932, 512, Scherer.

¹³² Art. 834 Abs. 2 aOR.

¹³³ Vgl. auch Jacobi 272; Baumbach/Hefermehl, Art. 29 SchG N 2.

¹³⁴ Merz 61.

Abstraktheit der checkrechtlichen Forderungen, welche sich in der beschränkten Einredemöglichkeit äussert. Ferner sieht sich der Checknehmer im Besitze einer "äusserst straffen und durchgreifenden Forderung", welche der Wechselbetreibung unterliegt. Aus dieser Rigorosität der checkrechtlichen Forderung lässt sich auch die Kürze der Vorlegungsfrist erklären. Der Schuldner soll nicht über alle Masse hinaus verpflichtet bleiben. Deshalb steht ihm das Recht zu, den Check nach Ablauf der Vorlegungsfrist frei zu widerrufen (Art. 1119 Abs. 1 OR). Der Gefährlichkeit der Wechsel(Check)forderung für den Schuldner steht ihre kurze zeitliche Begrenzung, sowie die Obliegenheit des Nehmers zur Innehaltung der wechsel(check)rechtlichen Diligenzen gegenüber¹³⁵. Ähnlich muss die Vorlegungsfrist auch unter dem Aspekt des wertpapierrechtlichen Rechtsscheins, den sie vermittelt, beurteilt werden. Der Rechtsschein einer Urkunde beruht auf dem Gedanken, dass der "Aussteller durch seine Unterschrift einen äusseren Tatbestand geschaffen hat", welcher die Urkunde samt ihren Erfordernissen umfasst, und auf den gutgläubige Nehmer vertrauen dürfen¹³⁶. Dieser Rechtsschein vermittelt dem gutgläubigen Verkehr somit ein weiteres Element: neben dem Schutz des Checknehmers bezweckt der Rechtsschein auch die Sicherung der aus dem Papier Verpflichteten. Diese geben sich nach dem sog. Zurechnungsprinzip¹³⁷ nur in dem Masse als Haftende zu erkennen, als durch den Rechtsschein der Urkunde erkennbar ist. Aus einer Checkurkunde zum Beispiel wird also für jeden Nehmer ersichtlich, wann die Vorlegungsfrist abgelaufen ist, und wann der Aussteller demzufolge berechtigt ist, den Check frei zu widerrufen.

Was die Zirkulation von trassiert-eigenen Inlandchecks im Ausland betrifft, lassen sich aus dem Gesagten folgende Schlüsse ziehen:

Sicher ist, dass diese Checks dem von Art. 1116 OR verfolgten Zweckgedanken nicht widersprechen. Zunächst können die gängigen "Prima"-Bankchecks nicht zu Kreditzwecken missbraucht werden, da sie ja bereits Deckung "in sich tragen"¹³⁸. Insofern müssen für die trassiert-eigenen Bankchecks besondere Massstäbe gelten; es wurde bereits vorne festgestellt¹³⁹, dass das Annahmeverbot, welches ebenfalls dem Missbrauch der Kreditierung vorbeugen soll, als an sich zwingende Vorschrift bei den trassiert-eigenen Bankchecks gegenstandslos ist.

Unter dem Aspekt des gutgläubigen Verkehrs spricht vieles für die Zirkulation solcher Checks; eine bessere Unterschrift als die einer erstklassigen Bank kann der Checknehmer nicht erhalten. Der gutgläubige Verkehr verlangt handkehrum von letzterem, dass er in den Check nicht mehr Ver-

¹³⁵ Merz 62.

¹³⁶ Jäggi, Art. 965 OR N 120f.; Hueck/Canaris 31; Rehfeldt/Zöllner 29; Baumbach/Hefermehl, WPR N 45.

¹³⁷ Hueck/Canaris 31.

¹³⁸ Vgl. II dieses §.

¹³⁹ Vgl. III dieses §.

trauen setzt, als der Rechtsschein der Urkunde vermittelt. Demgemäss ist es dem Publikum zuzumuten, sich über das Verstreichen einer Frist Rechenschaft zu geben und somit Checks, bei denen die Vorlegungsfrist unmöglich eingehalten werden kann, zurückzuweisen.

Als Zwischenergebnis gilt es festzuhalten, dass die in Art. 1116 Abs. 2 OR enthaltenen Fristen der Interessenlage wohl angemessener wären. Indessen bedeutet die Anwendbarkeit der kurzen Vorlegungsfrist von Abs. 1 keinen krassen Verstoss gegen die Interessen der aus der Urkunde berechtigten Personen, da der Rechtsschein des Checks jedermann entgegengehalten werden darf.

d) Realistische Auslegung

Das realistische Element¹⁴⁰ möchte die tatsächlichen Verhältnisse (Realien), in denen das Gesetz wurzelt, erfassen. "In einem objektivgeltungszeitlichen Sinn geht es darum, die ausserrechtlichen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Rechtsanwendung zu erforschen"¹⁴¹. Unter diesem Gesichtspunkt muss auch die Entwicklung des modernen Zahlungsverkehrs betrachtet werden.

Durch seine etwas rudimentäre Ausgestaltung liess das Genfer einheitliche Checkrecht der Geschäftspraxis der Banken einen relativ breiten Spielraum¹⁴². Die Geschäftstätigkeit der Banken musste deshalb vielerorts als Verkehrssitte das bestehende Recht fortentwickeln und z.T. sogar in seine Lücken treten.

Eine solche "Realie" stellt die Zirkulation von Inlandchecks im Ausland dar. Die bisherige Auslegung hat gezeigt, dass unter dem Gesichtspunkt der Zweckbestimmung von Art. 1116 Abs. 1 OR nichts gegen diese Erscheinung aus der Praxis spricht, dass aber die Anwendbarkeit von Abs. 2 dieser Bestimmung der Interessenlage angemessener wäre. Auf der anderen Seite haben die Banken ein durchaus berechtigtes Interesse, ihre Eigenwährung checks aufs Inland zu ziehen, da die Eigenwährung wenn möglich im Inland bleiben soll¹⁴³.

Die Nichtanwendbarkeit von Art. 1116 Abs. 1 OR auf Inlandchecks, die im Ausland umlaufen, würde jedoch einer Gesetzesauslegung contra legem claram gleichkommen. Ein solcher Schritt lässt sich nur über den Weg der unechten Gesetzeslücke begründen. Als zwingende Vorschrift¹⁴⁴ lässt sich Art. 1116 nicht tale quale durch nachgewiesene Verkehrssitte derogieren.

¹⁴⁰ Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 210ff.

¹⁴¹ Baudenbacher 109.

¹⁴² Das Check-Privatrecht bildet angesichts der vielen Vorbehalte "keinen Torso, sondern eine umfassende Teillösung"; vgl. Zimmermann, Einl II Genfer Abkommen N 7.

¹⁴³ Vgl. § 2 III 1 a.

¹⁴⁴ Zimmermann, Art. 1116 OR N 18.

4. Folgerungen

a) Keine Gesetzeslücke

Beim Vorliegen eines unbefriedigenden rechtlichen Ergebnisses darf man mithin nicht der Versuchung erliegen, sofort den "Notriegel" einer unechten Gesetzeslücke zu schieben. Vielmehr muss anhand der vorgenommenen Auslegung, in Erwägung der Regeln von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)¹⁴⁵ beurteilt werden, ob man es einfach bei dieser Auslegung belassen kann, oder ob sich eine Ergänzung oder gar eine Berichtigung des Gesetzes rechtfertigt¹⁴⁶.

Vorab muss eine Gegenüberstellung der Interessen der Verpflichteten (Ausstellerin) und der berechtigten Partei (Checknehmer) vorgenommen werden: die ausstellende Bank ist insofern im Vorteil, als der Entscheid, den Check aufs eigene Land zu ziehen, in ihrem Interesse erfolgt (die Währung soll im Inland bleiben¹⁴⁷). Auf der anderen Seite darf vom Publikum verlangt werden, nicht mehr Vertrauen in einen Check zu setzen, als durch dessen Rechtsschein vermittelt wird¹⁴⁸. Mit anderen Worten muss sich ein Dritterwerber, auch wenn die Bonität eines Papierses noch so gut ist, bewusst sein, dass er mit der Entgegennahme eines Checks mit erkennbar abgelaufener Vorlegungsfrist auch ein entsprechendes Risiko eingeht. So betrachtet kann nicht von einem "schreienden Missverhältnis der entgegenstehenden Interessen" die Rede sein, welches bei frühem Widerruf des Checks durch die ausstellende Bank einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellen würde¹⁴⁹. Ein solcher könnte der Bank höchstens angelastet werden, wenn sie in arglistiger Weise — im Vertrauen auf den späteren Widerruf — das Publikum irrezuführen suchte. Dann könnte man — analog zum Formmangel eines noch nicht erfüllten Vertrages —¹⁵⁰ einen Schadenersatzanspruch des ersten Checknehmers bejahen, welcher von der Bank schuldhaft, in Kenntnis seiner Unwissenheit, nicht auf den vorzeitigen Ablauf der Vorlegungsfrist aufmerksam gemacht wurde¹⁵¹. Solche Fälle sind indessen zum Glück eine reine Hypothese und verdienen keine weitere Beachtung, da sich eine Bank bei derartigem Verhalten selber öffentlich diskreditieren würde.

¹⁴⁵ Deschenaux, SPR II, 153; Merz, Art. 2 ZGB N 104, der auf die Subsidiarität der Anwendung von Art. 2 ZGB hinweist.

¹⁴⁶ Merz, Art. 2 ZGB N 104.

¹⁴⁷ Vgl. § 2 III I.

¹⁴⁸ Dieser rein juristische Aspekt darf nicht mit der Bonität der Urkunde verwechselt werden, welche durch die Vermögenslage des Ausstellers bedingt wird.

¹⁴⁹ Vgl. Deschenaux, SPR II, 99f.

¹⁵⁰ Merz, Art. 2 ZGB N 485ff.

¹⁵¹ Merz, Art. 2 ZGB N 498.

b) Die Vordatierung

In Anbetracht der unglücklichen gesetzlichen Regelung stellt im Interesse der Banken, wie ihrer Kunden, die Vordatierung (Art. 1115 Abs. 2 OR) solcher Checks die beste Lösung dar, welche denn auch häufig von den Banken praktiziert wird. Dieses Vorgehen, dem das Gesetz an sich nicht freundlich gegenübersteht¹⁵², es aber immerhin toleriert¹⁵³, ist hier durchaus legitim und kann einen reibungslosen Umlauf dieser inländischen Eigenwährungsschecks im Ausland gewährleisten. Im übrigen besteht kaum die Gefahr, dass durch zu langfristiges Vordatieren Missbräuche betrieben werden: die Banken selbst sind daran interessiert, sich nicht übermässig lange binden zu müssen.

c) De lege ferenda

De lege ferenda lässt sich wohl kaum etwas ändern. Das Beifügen eines weiteren Absatzes an Art. 1116 OR, welcher für Inlandchecks, die im Ausland umlaufen, eine analoge Anwendung von Abs. 2 (Auslandchecks) vorsehen würde, wäre nicht praktikabel. Dies hätte ein zusätzliches Formerfordernis (Art. 1100 OR) für die Checkausstellung zur Folge, nämlich neben dem Namen des Remittenten immer eine zusätzliche Ortsangabe, in welchem Land der Check zum Inkasso eingereicht wird. Die Einführung solcher "Spezialchecks" würde aber den Grundsatz der Einheitlichkeit der Formvorschriften in Art. 1100 OR stören und drängt sich angesichts der praktischen Ausweichmöglichkeiten (Vordatierung) gar nicht auf. Auch aus dieser Sicht stellt das Vordatieren eine legitime Ausweichmöglichkeit dar; es korrigiert auf massvolle Art eine Unvollkommenheit des Gesetzes.

2. Abschnitt: Die Grundverhältnisse

Der Verkehr mit trassiert-eigenen Bankchecks weist die Besonderheit auf, dass an den Grundverhältnissen nicht nur die auf dem Wertpapier erscheinenden Personen (Aussteller, Bezogener und Nehmer) beteiligt sind, sondern regelmässig eine weitere Partei hinzukommt, der Besteller. In diesem Abschnitt werden wir uns vorwiegend mit dem Valutaverhältnis einerseits und dem zwischen dem Besteller und dem ersten Nehmer bestehenden Vertrag andererseits befassen. Das Verhältnis zwischen dem Besteller und

¹⁵² Baumbach/Hefermehl, Art. 28 SchG N 2; die Vordatierung könnte entgegen der Funktion des Checks als kurzfristiges Zahlungsmittel zu Kreditzwecken missbraucht werden; vgl. auch CR 209, Quassowski.

¹⁵³ In CR 209 (Ekeberg) wird betont, dass die Ausstellung vordatierter Checks auch aus durchaus legitimen Gründen erfolgen könne; vgl. auch Zimmermann, Art. 1115 OR N 3.

der Bank, der Bankcheckausstellungsvertrag, wird an dieser Stelle nur insofern untersucht, als direkte Verknüpfungen mit den andern Grundverhältnissen bestehen (Beispiel: Probleme bei der Checkbegebung). In seiner Gesamtheit wird der Bankcheckausstellungsvertrag im zweiten Hauptteil dieser Arbeit behandelt¹⁵⁴.

§ 8 Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem ersten Nehmer (Valutaverhältnis) und die Checkbegebung

I. Besonderheiten gegenüber dem Valutaverhältnis beim Kundencheck

Kundenchecks werden vom Aussteller in aller Regel zwecks Erfüllung einer Geldschuld hingegeben, um den ersten Nehmer, den Gläubiger aus dem Grundverhältnis zu befriedigen. Dieses Grundverhältnis zwischen Aussteller und erstem Nehmer besteht beim Bankcheck (sowohl dem trassiert-eigenen wie dem auf eine Korrespondenzbank gezogenen) nur in den selteneren Fällen, wo die Bank einen Check zur Erfüllung ihrer eigenen Schuld begibt.

In der Regel ist es nämlich der *Besteller*, welcher diese Checks — lautend an die Order seines Gläubigers — bei der Bank “ankauft”, um sie anschliessend in Zahlung zu geben.

Zwischen der Bank und dem ersten Nehmer muss somit in solchen Fällen gar keine vertragliche Beziehung bestehen. Ihr Verhältnis wird lediglich durch die Checkbegebung und die damit verbundenen gesetzlichen Folgen (Regresshaftung der Bank)¹⁵⁵ gekennzeichnet. Die rechtliche Stellung des ersten Nehmers unterscheidet sich hier somit nicht von jener der Drittnnehmer (Nachmänner) eines Checks. Auch diese stehen in der Regel in keinem unmittelbaren rechtsgeschäftlichen Verhältnis zum Aussteller.

Zivilrechtliche Grundverhältnisse bestehen vielmehr zwischen der ausstellenden Bank und dem Besteller einerseits, zwischen dem Besteller und

¹⁵⁴ Vgl. hinten, zweiter Teil, § 12ff.

¹⁵⁵ Vgl. § 7 I 3.

dem ersten Nehmer andererseits. Das Besondere daran ist, dass der Bankcheck gleichzeitig als Erfüllungsobjekt dieser beiden Grundverhältnisse dient.

Dies wäre an sich unproblematisch, wenn der Besteller selbst als erster Nehmer auf dem Check figurieren würde, um ihn anschliessend an seinen Gläubiger zu indossieren. Gerade das trifft hier jedoch nicht zu, weil der Check in der Regel direkt an die Order dieses Gläubigers ausgestellt wird.

Bei diesem Sachverhalt taucht die Frage auf, wie sich die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten zum Papier gestalten. Insbesondere hinsichtlich des Bestellers ergeben sich dogmatische Erklärungsschwierigkeiten; dieser erwirbt zwar von der Bank ein Wertpapier, welches ihm allem Anschein nach auch "gehört", jedoch nicht in einem wertpapierrechtlichen Sinne, da die Urkunde ja an die Order einer anderen Person lautet.

Das Problem der Berechtigung der Beteiligten am Papier soll hier näher untersucht werden. Nur unter diesen Voraussetzungen ist es auch möglich, die Rechte und Pflichten der Parteien aus ihren Grundverhältnissen genau zu ermitteln.

Die Frage lautet deshalb: wie vollzieht sich die Begebung eines trassiert-eigenen Bankchecks, in welchem Zeitpunkt erwirbt der erste Nehmer das Recht aus dem Papier, und wie ist der ganze Vorgang rechtlich zu qualifizieren? Wenn also dieser Abschnitt zwar grundsätzlich dem Valutaverhältnis zwischen der ausstellenden Bank und dem ersten Nehmer gewidmet ist, lässt es sich auf Grund der Gegebenheiten nicht vermeiden, auch den Besteller in die vorliegende Problematik einzubeziehen.

Es wird im folgenden kurz die Begebung von Checks im allgemeinen erläutert (II.), um anschliessend (III.) die Besonderheiten bei der Begebung von Bankchecks zu untersuchen.

II. Die Begebung von Checks im allgemeinen

1. Die Wertpapierrechtstheorien

Die Frage nach der Entstehung eines Wertpapiers war früher sehr umstritten und führte vor allem in der deutschen Lehre¹⁵⁶ zu regen Kontroversen. In der Schweiz wurde diesen Theorien (zu Recht) wegen ihres geringen praktischen Erklärungswerts nie dieselbe Bedeutung beigemessen¹⁵⁷. Infolge der gesetzlichen Normierung von Einredausschluss (Art. 1007 OR) und gutgläubigem Erwerb (Art. 1006 Abs. 2 OR) erübrigt sich denn auch

¹⁵⁶ Rehfeldt/Zöllner 27ff.; Hueck/Canaris 27ff.

¹⁵⁷ Jäggi, Art. 979 OR N 57; Zimmermann, Vorbem. III vor Art. 1100 OR N 1ff.

die theoretische Frage nach dem Entstehen und der Übertragung eines Wertpapierrechts.

Gerade beim Bankcheck wirft der Vorgang der Begebung jedoch gewisse Probleme auf, da das Papier häufig von der ausstellenden Bank an einen nicht aus dem Papier berechtigten Dritten veräußert wird. Nach heute herrschender Lehre wird die Entstehung eines Wertpapiers mit der sog. Rechtsscheintheorie erklärt¹⁵⁸. Diese Theorie verlangt für das Verhältnis Aussteller — erster Nehmer einen gültigen sog. Begebungsvertrag¹⁵⁹. Für alle nachfolgenden gutgläubigen Nehmer ist nur noch der durch das Papier vermittelte Rechtsschein massgeblich: sofern die Urkunde formell in Ordnung ist, wird das Vertrauen, welches der Verkehr in sie setzt, geschützt. Der redliche Zweitnehmer erwirbt also einen Anspruch aus dem Papier, auch wenn dieses nicht durch einen gültigen Begebungsvertrag in den Verkehr gesetzt wurde. Dem Verpflichteten stehen somit keine diesbezüglichen Einreden mehr zur Verfügung (vgl. Art. 1143 Z. 5 i.V. mit Art. 1007 OR).

Im Hinblick auf den Bankcheckverkehr interessiert uns das Wesen des Begebungsvertrages, da dieser nach herrschender Lehre das verbrieftete Recht des ersten Nehmers entstehen lässt.

2. Der Begebungsvertrag

a) Rechtliche Qualifizierung nach der deutschen Lehre

Über die Rechtsnatur des Begebungsvertrages herrscht noch heute Unklarheit. Dies rührt daher, dass er einerseits verschiedenen Wertpapierrechtstheorien zugrunde gelegt wird und andererseits unterschiedliche Vorgänge erklären soll:

— Für die Vertreter der sog. Kreationstheorie ist der Begebungsvertrag ausschliesslich dinglicher Natur; er soll nur eine rechtsgültige Traditio der Urkunde ermöglichen, da das Recht aus dem Papier ja bereits durch dessen einseitige Kreation entstanden ist¹⁶⁰.

Ein Begebungsvertrag wird ferner nicht nur zwischen dem Aussteller und dem ersten Nehmer, sondern bei jeder Weiterübertragung des Papiers abgeschlossen. Er kann also auf die Begründung wie auf die Übertragung von Rechten und Pflichten gerichtet sein.

¹⁵⁸ Baumbach/Hefermehl, WG Einl N 30; Rehfeldt/Zöllner 28 ff.; Hueck/Canaris 30 ff.; a.A. Zimmermann, Vorbem. III vor Art. 1100 OR N 1.

¹⁵⁹ Dieser Vertrag lässt sich am besten umschreiben als Einigung zwischen dem "Geber und dem Nehmer des Wertpapiers, durch die dem Nehmer die in dem Wertpapier verlaublichten oder vom Gesetz an die Unterschriften geknüpften Rechte eingeräumt bzw. übertragen werden sollen, eingeräumt nämlich im Falle der Erstbegebung, übertragen im Falle der Weitergabe" (Rehfeldt/Zöllner 32).

¹⁶⁰ Vgl. dazu Rehfeldt/Zöllner 31.

— Bei den Vertretern der herrschenden Rechtsscheintheorie ist häufig von einem Vertrag mit Doppelnatur die Rede¹⁶¹: soweit dieser eine Verpflichtung begründet, ist er obligatorisch, soweit er die Übertragung der Urkunde bezweckt, hat er Verfügungscharakter. Diese Doppelnatur lässt sich aber nur für die Wechsel-, nicht auch für die Checkbegebung begründen: es wurde bereits oben¹⁶² festgestellt, dass die Verpflichtung des Checkausstellers nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Willensäusserung beruhen muss, da sie eine unmittelbare und zwingende gesetzliche Folge der Urkundenausstellung darstellt. So ist eine Anfechtung der Checkausstellung wegen Irrtums über die Haftungsfolge ausgeschlossen; wenn nämlich schon ein Vermerk auf dem Check, durch welchen ein Aussteller seine Haftung für die Zahlung ausschliessen will, als nicht geschrieben gilt (Art. 1143 Z. 3 i.V. mit Art. 999 Abs. 2 OR), muss ein Irrtum über die Haftungsfolge erst recht unbeachtlich sein. Der Irrende will sich nämlich nie weniger weitgehend verpflichten, als derjenige, welcher einen ausdrücklichen Vermerk des Haftungsausschlusses auf dem Papier anbringt.

Da also die Verpflichtung des Checkausstellers unabhängig von dessen rechtsgeschäftlichem Willen sei, wird gefolgert, der Check werde durch einen blossen Verfügungsvertrag begeben. Zur Entstehung des Wertpapierrechts bedürfe es demgemäss nur einer Einigung über die Traditio der Urkunde (Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier)¹⁶³.

Freilich gibt man sich darüber Rechenschaft, dass im Regelfall der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien auch die Verpflichtung aus dem Papier (Rückgriffshaftung) beinhaltet. Rehfeldt/Zöllner¹⁶⁴ halten darum fest, dass der Begebungsvertrag "in der Wirkung überall da einem Verpflichtungsvertrag" gleichkommt, "wo der Geber erstmals verpflichtet wird", aber der Unterschied zum Verpflichtungsvertrag darin besteht, "dass der Vertrag inhaltlich nicht auf die Begründung der Verpflichtung gerichtet zu sein braucht".

Im Gegensatz dazu beruhen im Wechselrecht die Haftung des Ausstellers für die Annahme, und die Annahmeerklärung des Bezogenen auf einer rechtsgeschäftlichen Willensäusserung: den Betroffenen bleibt es freigestellt, die Haftung für die Annahme auszuschliessen (Art. 999 Abs. 2 OR) resp. eine bereits auf den Wechsel gesetzte Annahmeerklärung wieder zu streichen (Art. 1019 OR). Demgemäss weist nach der deutschen Lehre der Legebungsvertrag beim Wechsel eine Doppelnatur auf. Soweit es um die

¹⁶¹ Rehfeldt/Zöllner 30, 32.

¹⁶² Vgl. § 7 I 2c.

¹⁶³ Hueck/Canaris 30.

¹⁶⁴ Rehfeldt/Zöllner 32.

Wechselannahme geht ist er obligatorisch, soweit es um die Übergabe des Papiers geht, ist er dinglich¹⁶⁵.

b) Kritik

In Deutschland wird die Existenz der Verfügungsverträge allgemein anerkannt; darum bietet sich diese Konstruktion für den Checkbegebungsvertrag dort auch ohne weiteres an.

In der Schweiz hingegen wird die Notwendigkeit der Verfügungsverträge (auch dingliche Verträge genannt) mehrheitlich und m.E. auch zu Recht bezweifelt¹⁶⁶. Tatsächlich wird die sog. dingliche Einigung von dem jeweils zwischen den Parteien vorhandenen obligatorischen Rechtsgeschäft regelmässig miterfasst. Dies wird am deutlichsten ersichtlich beim Kaufvertrag: dort ist der Übereignungswille ein Essentialium des obligatorischen Grundgeschäfts (Kauf) und genügt "als Basis für die im Eigentumsübergang zu erblickende dingliche Perfektion"¹⁶⁷.

Gleichermassen lässt sich beim Checkbegebungsvertrag argumentieren. Die Einigung, durch welche der Checkaussteller dem ersten Nehmer das Recht aus der Urkunde einräumt, wird durch das Grundgeschäft der beiden Parteien miterfasst: bei einem Kaufvertrag z.B. kann die Vereinbarung der Parteien neben dem Kaufgegenstand auch die Erfüllung mittels Check umfassen. Möglich ist aber auch, dass ein Check selbst Kaufgegenstand ist (beim Diskont z.B.), oder dass der Checkbegebung ein Schenkungsversprechen zugrunde liegt.

Deshalb ist es auch überflüssig, den Begebungsvertrag i.S. der herrschenden deutschen Lehre als abstraktes Rechtsverhältnis neben dem zwischen beiden Parteien bestehenden Grundverhältnis zu qualifizieren.

Wohl wird durch eine Wechsel- oder Checkbegebung ein abstraktes Forderungsrecht des jeweiligen Nehmers begründet. Diese Abstraktheit wirkt wie der Rechtsschein der Urkunde jedoch nur zugunsten von Drittnehmern. In seinem unmittelbaren Verhältnis zum Verpflichteten muss sich der Nehmer ja auch persönliche Einreden aus dem Grundverhältnis entgegenhalten lassen. Meist bewirkt die Ungültigkeit des Grundverhältnisses gleichzeitig auch die Ungültigkeit der Begebung. Natürlich erfasst der Irrtum im hier betrachteten Fall die Begebung als solche bzw. die ihr zugrundeliegende causa. Ein ausschliesslicher Willensmangel über die mit der Ausstellung verbundene Haftungsfolge ist aber wie gesagt bei einer Checkbegebung immer unbeachtlich (Art. 1143 Z. 3 i.V. mit Art. 999 Abs. 2 OR)¹⁶⁸. Dabei geht es aber um das ganz andere Problem eines Einredeaus-

¹⁶⁵ Rehfeldt/Zöllner 32.

¹⁶⁶ Vgl. Giger, Art. 184 OR N 12ff. mit weiteren Hinweisen. Für den dinglichen Vertrag nimmt Stellung: Bucher 91f.

¹⁶⁷ Giger, Art. 184 OR N 12.

¹⁶⁸ Vgl. § 7 I 2 c, II 2 a dieses §.

schlusses, der schlechthin unabhängig ist von der Checkbegebung, und der einerseits die Verkehrsfähigkeit dieser Zahlungspapiere erhöhen soll und andererseits die rechtliche Stellung des ersten Nehmers sichert.

Ein Beispiel möge dies veranschaulichen: gibt ein Käufer dem Verkäufer einen Check in Zahlung, so kann er diesem, wenn z.B. nicht genügend Deckung auf dem Checkkonto vorhanden ist und er via Checkregress belangt wird, nie entgegenhalten, er habe den Check in der irrigen Meinung ausgestellt, nicht dem strengen Checkregress zu unterliegen. Ist der ganze Kaufvertrag infolge wesentlichen Irrtums unverbindlich, so ist auch die Begebungsabrede mit diesem Mangel behaftet und der Aussteller kann dem ersten Nehmer (Verkäufer) die Einlösung mittels einer persönlichen Einrede verweigern.

Einreden, die sich ausschliesslich auf den Begebungsvertrag beziehen, sind nur dann denkbar, wenn ein solcher z.B. infolge Diebstahls oder Untreue überhaupt nie zustandegekommen ist¹⁶⁹.

In dem hier verstandenen Sinne vollzieht sich die Begebung eines Wertpapiers als Einigung innerhalb eines obligatorischen Rechtsverhältnisses; diese Einigung besteht darin, dass der Geber (z.B. Aussteller) dem Nehmer die Hingabe eines Wertpapiers verspricht. Somit kann auch für den Checkbegebungsvertrag die Lehre vom dinglichen Vertrag fallengelassen werden und die Begebung selbst als Bestandteil einer obligatorischen Übereinkunft zwischen Geber und Nehmer qualifiziert werden.

III. Die Begebung von trassiert-eigenen Bankchecks

1. Probleme bei der Checkbegebung

Wie schon eingangs dieses Paragraphen festgestellt wurde, weist die Veräusserung eines trassiert-eigenen Bankchecks durch den Aussteller (die Bank) die Eigenheit auf, dass sie nicht an den ersten aus dem Papier berechtigten Nehmer erfolgt. Das Papier gelangt zuerst in die Hände des Bestellers, welcher selbständig entscheiden kann, zu welchem Zeitpunkt und ob er überhaupt den Check dem ersten Nehmer überreichen will. Die Begebung von trassiert-eigenen Bankchecks unterscheidet sich demgemäss folgendermassen von einer "ordentlichen" Begebung: zwischen der ausstellenden Bank und dem ersten Nehmer gibt es gar kein obligatorisches Grundverhältnis. Was die beiden miteinander verbindet, ist das aus der Checkbegebung folgende gesetzliche Einstehenmüssen der Bank für die Einlösung des Checks. Grundverhältnisse bestehen zwischen dem Besteller und der ausstellenden

¹⁶⁹ Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 24.

Bank (Checkerwerb) einerseits und zwischen dem Besteller und dem ersten Nehmer andererseits. Das mit einer Checkbegebung typischerweise verbundene Grundverhältnis (Deckungsverhältnis) verbindet vielmehr den Besteller mit der ausstellenden Bank (Hingabe des Papiers gegen Entrichtung der Checksumme).

Ein Begebungsvertrag zwischen der ausstellenden Bank und dem ersten Nehmer, wie es die herkömmliche Vertragstheorie vorsieht, lässt sich für den vorliegenden Fall deshalb nur schwer konstruieren. Ein vertragliches Verhältnis zwischen diesen beiden Parteien liesse sich höchstens über den Weg der Stellvertretung begründen. Theoretisch wäre es denkbar, dass der Besteller entweder als Stellvertreter der ausstellenden Bank, oder als Stellvertreter des Nehmers jeweils mit der anderen Partei den Begebungsvertrag abschliesst. Dieser Vertrag wäre aber nach seinem Inhalt ausschliesslich auf die Übertragung eines Wertpapiers und auf die Entstehung des darin verbrieften Rechts gerichtet. Seine Natur würde deshalb in der Tat dem vorstehend beschriebenen dinglichen Vertrag entsprechen.

Da Bankchecks in der Regel ohne Zugrundelegung von AGB und ohne ausdrückliche Vereinbarungen der Parteien erworben werden¹⁷⁰, muss durch Auslegung ermittelt werden, in welchem Zeitpunkt genau die Begebung erfolgt. In der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung gilt das Vertrauensprinzip als unbestrittener Auslegungsgrundsatz¹⁷¹. Demgemäss sind die Willenserklärungen so auszulegen, "wie der Empfänger in guten Treuen den äusseren Tatbestand unter Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände auffassen durfte und musste"¹⁷².

Hier sind folgende Umstände massgeblich:

- Der Erwerb von Bankchecks vollzieht sich in der Regel anonym. Die Bank pflegt solche Verträge also nicht nur mit ihr bekannten Kunden, sondern auch mit völlig unbekannten Drittpersonen abzuschliessen. Dadurch geht sie ja kein Risiko ein, da sie den Check nur gegen vorherige Entrichtung der Checksumme herausgibt. Einziger "Beleg" dieses Vertrages ist eine Quittung, welche die Leistung des Bestellers bestätigt und auf welcher sein Name vermerkt ist. Persönliche Angaben sind für die Bank also belanglos.

Durch diese Veräusserung verliert die Bank jeglichen Einfluss über das Schicksal des Papiers. Sie gibt — da sie durch die Leistung des Bestellers hinreichend sichergestellt ist — in unzweideutiger Weise zu erkennen, dass von diesem Moment an der Check gegenüber jedem rechtmässigen Nehmer eingelöst wird. Von ihr aus betrachtet gilt das Papier somit als begeben, da sie es bewusst in den Verkehr gesetzt hat.

¹⁷⁰ Vgl. § 15 I.

¹⁷¹ Z.B. Schönenberger/Jäggi, Art. 1 OR N 181ff., mit weiteren Hinweisen; BGE 101 Ia 43.

¹⁷² Von Tuhr/Peter 287.

Dafür spricht auch die Tatsache, dass die Bank den Check nicht mehr ohne weiteres vom Besteller zurücknimmt, sollte dieser keine Verwendung dafür finden. Ist der Besteller ein bekannter, kreditwürdiger Kunde, geht sie durch eine allfällige Rücknahme natürlich kein Risiko ein. Ist der Besteller jedoch unbekannt und nicht besonders vertrauenswürdig, muss die Bank je nachdem mit einem Missbrauch rechnen (z.B. Hingabe des Checks an den Nehmer und anschliessender Diebstahl durch den Besteller). Dann wird die Bank dem Besteller entgegenhalten, dass sie den Check — da bereits in den Verkehr gesetzt und begeben — nur noch mit einem Indossament versehen zurücknimmt (Unterschrift des ersten Nehmers auf der Rückseite des Papierses).

- Auf das Verhältnis zwischen dem ersten Nehmer und dem Besteller hat diese Begebung noch keinen unmittelbaren Einfluss. Häufig weiss der Nehmer gar nicht, dass ein Check zu seinen Gunsten ausgestellt wurde, oder ein Vertrag zwischen ihm und dem Besteller ist noch nicht einmal zustande gekommen. Wie dem auch sei, beim Erwerb des Checks will der Besteller noch frei über das Papier verfügen können und selbst entscheiden, von welchem Moment an der Nehmer daraus berechtigt werden soll.

Auf Grund des Gesagten kann ein erster Schluss gezogen werden: Die Umstände beim Erwerb eines Bankchecks durch den Besteller zeigen, dass dieser nach der Meinung der Beteiligten Eigentümer des Papiers werden und auch frei darüber verfügen können soll. Somit wird auch die Stellvertretungsvariante gegenstandslos:

Sollte der Besteller nämlich als Stellvertreter des Nehmers handeln, würde letzterer im Moment der Veräusserung des Papierses durch die Bank ohne weiteres daraus berechtigt, da bei der direkten Stellvertretung die Vertreterhandlungen unmittelbar in der Person des Vertretenen wirken (Art. 32 Abs. 2 OR)¹⁷³. Dies wird aber mit dem Checkerwerb durch den Besteller von den Parteien gerade nicht bezweckt.

Ebensowenig entspricht es dem Willen der Parteien, dass der Besteller den Check als Stellvertreter der Bank begibt: hier könnte sich die Bank solange als Eigentümerin des Papierses betrachten, bis es in den Besitz des Nehmers gelangt; bis zu diesem Augenblick wäre sie demgemäss auch berechtigt, die Urkunde vom Besteller wieder zurückzuverlangen.

2. Ergebnis

In dem hier betrachteten Fall wird zwischen der ausstellenden Bank und der ersten aus dem Papier berechtigten Person (Nehmer) kein Begebungsvertrag abgeschlossen. Das Verhältnis zwischen den beiden Parteien wird

¹⁷³ Von Tuhr/Peter 396.

lediglich durch die mit der Checkbegebung verbundene gesetzliche Folge (Haftung der Bank für die Einlösung) gekennzeichnet. Insofern unterscheidet sich die rechtliche Stellung des Nehmers nicht von jener der Nachmänner eines weiterbegebenen Checks. Somit kann die Bank dem ersten Nehmer in der Regel auch nicht eine mangelhafte Begabung des Papieres einredeweise entgegenhalten (Art. 1007 OR)¹⁷⁴.

Eine Begabungsabrede erfolgt vielmehr im Rahmen des Erwerbsgeschäftes zwischen der ausstellenden Bank und dem Besteller. Diese Begabung weist die Besonderheit auf, dass sie noch kein wertpapierrechtlich verbrieftes Recht entstehen lässt. Der Besteller wird lediglich Eigentümer der Urkunde, jedoch nicht in einem wertpapierrechtlichen Sinne, da für ihn keine Berechtigung aus dem Papier entstehen kann. Er erlangt ein rein sachenrechtliches Eigentum an der Urkunde, welche für ihn einen subjektiven, wirtschaftlichen Wert darstellt. Dieser wirtschaftliche Wert besteht für den Besteller zur Hauptsache darin, dass er mit der von ihm finanzierten Urkunde für eine Drittperson ein wertpapiermässig verbrieftes Recht zur Entstehung gelangen lassen und somit eine Geldschuld erfüllen kann.

Das verbrieftes Recht selbst kann erst in dem Moment zur Entstehung gelangen, wo das Papier in die Hände des Nehmers gelangt (hier gilt wieder Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier). Vorher kann es am besten als ruhendes Recht beurteilt werden; ruhend deshalb, weil der Verpflichtete einerseits mit der Veräusserung der Urkunde die Entstehung des Rechts aus dem Papier bereits anerkannt hat. Von seiner Seite her steht der Geltendmachung dieses Rechts nichts mehr im Wege. Realisierbar wird das Recht aber erst mit der Übergabe an die aus dem Papier berechnigte Person.

Diese Erscheinung ist zwar eigenartig, es gibt jedoch ähnliche Vorgänge im Wertpapierrecht: So stellen die trassiert-eigenen Bankchecks oder Wechsel, welche an die eigene Order ausgestellt sind, durchaus gültige Wertpapiere dar: auch hier jedoch "ruht" das verbrieftes Recht, bis das Papier an eine berechnigte Drittperson gelangt. Gleiches gilt für das Eigentümergrundpfand, welches erst mit dem Auseinanderfallen von Eigentum und Pfandgläubigerschaft geltend gemacht werden kann¹⁷⁵.

Schliesslich geschieht ähnliches, wenn jemand einen Wechsel oder Check findet: wohl kann diese Person Eigentum am Papier, nicht jedoch das darin verbrieftes Recht erwerben¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Vgl. auch § 20 I 2.

¹⁷⁵ Tuor/Schnyder 554. Auch hier ruht das Recht bis zur Begabung an eine Drittperson. Im Gegensatz zu dem von uns betrachteten Fall zwar nicht deshalb, weil nicht eine aus dem Papier berechnigte Person Eigentum an der Urkunde erwirbt, sondern weil Konfusion zwischen Gläubiger- und Schuldnerstellung besteht.

¹⁷⁶ Baumbach/Hefermehl, Einl WG N 31.

§ 9 Das Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Nehmer

I. Allgemeines

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Besteller und dem Nehmer kann unterschiedlichster Natur sein. Der Besteller nimmt Dienstleistungen des Nehmers in Anspruch (z.B. ein Hotelaufenthalt), oder er kauft dem Nehmer Waren ab oder lässt solche herstellen. Es wird sich also in der Regel um Arbeitsleistungsverträge (vor allem Aufträge, Werkverträge), Miet- und Kaufverträge handeln, also alles Verträge, welche mit Geld erfüllt werden (Art. 184, 253, 394 Abs. 3 und 363 OR).

Meistens verwendet der Besteller einen Bankcheck, um die Vertragserfüllung mit dem Nehmer Zug um Zug abwickeln zu können, ohne eine hohe Summe von Bargeld auf sich tragen zu müssen. Der Nehmer seinerseits wünscht "Prima"-Bankchecks oder garantierte Eurochecks, um eine der Barzahlung gleichwertige Sicherheit zu erhalten.

Es wurde in dieser Arbeit bereits an anderer Stelle erwähnt, dass gute Bankchecks im Verkehr praktisch wie Banknoten behandelt werden. Wir konnten aber auch feststellen, dass trassiert-eigene Bankchecks nicht gegen das Notenprivileg der Nationalbank verstossen¹⁷⁷ und deshalb kein Geld im öffentlich-rechtlichen Sinne (Währungsgeld) darstellen, welches nach Art. 84 Abs. 1 OR Leistungsobjekt von Geldschulden ist. Allerdings ist heute unbestritten, dass Art. 84 Abs. 1 OR nach dem Grundsatz der Privatautonomie dispositiver Natur ist und neben dem Währungsgeld auch andere Geldarten zur Erfüllung von Geldschulden zulässt (so z.B. das Giralgeld)¹⁷⁸. Hier wird das "Geld" also in einem privatrechtlichen Sinne verstanden, als Leistungsobjekt von Geldschulden. Im folgenden soll deshalb untersucht werden, ob trassiert-eigene Bankchecks unter den Begriff des Geldes im privatrechtlichen Sinne eingeordnet werden können.

¹⁷⁷ Vgl. § 7 III 3.

¹⁷⁸ Kleiner 68; Vieli 29; Würsch 58; Giger, Art. 184 OR N 157.

II. Der trassiert-eigene Bankcheck als Leistungsobjekt einer Geldschuld

1. Der Begriff des Geldes

a) Einleitung

Die Beantwortung der Frage, ob trassiert-eigene Bankchecks Geldfunktion ausüben können, setzt eine Definition des Geldbegriffes voraus.

Ein solches Vorhaben wird dadurch erschwert, dass das Gesetz selbst keine entsprechende Definition gibt, da der Geldbegriff vom Gesetzgeber wohl als selbstverständlich vorausgesetzt wurde¹⁷⁹.

Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass das Geld gleichzeitig wirtschaftliche wie juristische Funktionen ausübt. Gerade in diesem Bereich zeigt sich, dass Wirtschafts- und Rechtsordnung keine voneinander "zu trennende Grössen sind, sondern eng ineinander verflochten" sind¹⁸⁰. Aus diesem Grunde kann eine rein juristische Betrachtungsweise auch nicht ausreichen. Eine juristische Analyse setzt voraus, dass man sich die ökonomische Funktion des Geldes vor Augen hält. Dabei muss man sich auf unseren Untersuchungsgegenstand, die Erfüllung von Geldschulden beschränken. Eine weitergehende Abhandlung, namentlich über die verschiedenen Geldtheorien, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Es sei diesbezüglich auf die umfangreiche einschlägige Literatur verwiesen¹⁸¹.

b) Die Funktion des Geldes

In einer Volkswirtschaft funktioniert das Geld als Mittler "im Austauschprozess zwischen Produktion und Konsum"¹⁸². Damit ist auch seine charakteristischste Aufgabe ausgedrückt: die Tauschmittelfunktion (Zahlungsmittelfunktion).

Gleichzeitig übt das Geld die Funktion einer Recheneinheit aus (Preis- ausdrucksfunktion)¹⁸³. In dieser Eigenschaft steht es als selbständige Einheit sämtlichen Gütern einer Volkswirtschaft gegenüber, indem es deren Wert ausdrückt und miteinander vergleicht¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Thywissen, BB 1971, 1347.

¹⁸⁰ Thywissen, BB 1971, 1347.

¹⁸¹ Vgl. z.B. A. Nussbaum, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts, Tübingen 1925; F.A. Mann, Das Recht des Geldes, Berlin 1960; B. von Maydell, Geldschuld und Geldwert, München 1974; A. Samuelson, Volkswirtschaftslehre, Bd. 1, Köln 1975; Hans Schmid, Geld, Kredit und Banken, Bern/Stuttgart 1979.

¹⁸² Thywissen, BB 1971, 1348.

¹⁸³ Bodmer/Buomberger/Dubs 205.

¹⁸⁴ Die dritte wesentliche Funktion des Geldes, die eines Wertaufbewahrungsmittels, interessiert nicht für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand.

Diese Eigenschaften verdeutlichen, dass die Funktion, welche das Geld ausübt, entscheidend ist für den Geldbegriff¹⁸⁵. Diese Funktion wird gemeinhin umschrieben als abstrakte Vermögensmacht, welche das Geld seinem Inhaber vermitteln soll¹⁸⁶. Die abstrakte Vermögensmacht vermag auch die oben aufgezählten Einzelfunktionen in sich zu vereinen¹⁸⁷. Wesentlich für das Geld ist heute nicht mehr seine Stofflichkeit oder Körperlichkeit, sondern, was der Inhaber mit ihm bewirken kann:

Eine erste Loslösung des Geldes von der Stofflichkeit erfolgte mit der Ausgabe von Papiergeld. Solange aber die Goldumlaufwährung galt, waren die Banknoten noch blosse Geldersatzmittel, welche jederzeit durch wertbeständiges Edelmetall eingelöst werden konnten¹⁸⁸. Mit den Bundesratsbeschlüssen vom 29. Juni 1954 und vom 27. September 1954 wurde jedoch die Goldeinlösungspflicht für Banknoten aufgehoben¹⁸⁹; heute besteht nur noch eine beschränkte Deckungspflicht von 40% durch Goldvorrat (Art. 19 NBG). Fungierte das Notengeld im Zahlungsverkehr vorerst als Geldsurrogat, erfolgte also hernach auch seine (indirekte) Loslösung von der stoffwerten Deckung: heute liegt die Basis des Geldes nicht mehr in seiner Golddeckung, sondern nur noch darin, "von der Rechtsordnung geschaffen worden zu sein"¹⁹⁰.

So erklärt es sich auch, dass beim Währungsgeld das Stoffliche, die Substanz (Münzen, Noten), völlig in den Hintergrund tritt; erst durch die Abstrakta des Aufdrucks und der Prägung vermag es eine Vermögensmacht auszudrücken¹⁹¹.

Eine endgültige "Entmaterialisierung" des Geldes brachte der bargeldlose Zahlungsverkehr. Funktionell betrachtet wird heute auch das Buchgeld¹⁹² dem Geldbegriff zugeordnet¹⁹³. Gleich wie das Währungsgeld lässt sich ein Giroguthaben — infolge der Einlösungspflicht der Bank in Banknoten — durch seine jederzeitige Verfügbarkeit als Zahlungsmittel verwenden. Ebenso wie die Banknote lautet es immer auf einen bestimmten Geldbetrag. Es stellt also ebenfalls eine Werteinheit dar¹⁹⁴. In den modernen

¹⁸⁵ Isele, AcP 1928, 172; Simitis, AcP 1960/61, 406 ff.; Vieli 28 ff.: Thywissen, BB 1971, 1348.

¹⁸⁶ Dieser Begriff wurde von v. Savigny, "Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts", Bd. 1, Berlin 1851, 403 ff. (bei v. Maydell 9) geprägt.

¹⁸⁷ Von Maydell 9.

¹⁸⁸ Weber, ZSR 1981, 168.

¹⁸⁹ Dies ungeachtet der Art. 39 Abs. 6 BV und Art. 21 NBG von 1933, rev. 1978, welche ausdrücklich die Einlösungspflicht der Nationalbank statuieren.

¹⁹⁰ Weber, ZSR 1981, 170 f.

¹⁹¹ Von Maydell 9.

¹⁹² Das Buchgeld wird definiert als "die von den Banken und vom Postcheck in ihren Büchern verzeichneten Guthaben der Kundschaft, die jederzeit durch Übertragung auf andere Konten zur Zahlung verwendet werden können" (Bodmer/Buomberger/Dubs 206 f.).

¹⁹³ Weber, ZSR 1981, 172.

¹⁹⁴ Thywissen, BB 1971, 1349.

Volkswirtschaften ist das Buchgeld nicht mehr wegzudenken und hat sich zur wichtigsten Erscheinungsform des Geldes entwickelt¹⁹⁵.

Von seiner Verwendung her unterscheidet sich das Buchgeld dadurch vom Bargeld, dass die Verfügung ohne Handänderung körperlicher Gegenstände erfolgt: das Konto des Geldschuldners wird mit einer bestimmten Geldsumme belastet, während auf dem Konto seines Gläubigers der gleiche Betrag gutgeschrieben wird. Von einem eigentlichen Geldumlauf, wie dies beim stofflichen Geld der Fall ist, kann hier nicht mehr die Rede sein, da die Umbuchungsvorgänge funktionell als eine permanente Geldschöpfung und Geldvernichtung zu deuten sind¹⁹⁶.

c) Die rechtliche Funktion als Zahlungsmittel im Besonderen

In rechtlicher Hinsicht besteht die Funktion des Geldes zur Hauptsache darin, Leistungsobjekt für die Erfüllung von Geldschulden zu sein. Juristisch betrachtet ist demgemäss für den vorliegenden Fall der Geldbegriff mit dem Begriff des Zahlungsmittels gleichzusetzen. Das Zahlungsmittel muss freilich von unserer Rechtsordnung als solches anerkannt sein. So kann nicht unter den Geldbegriff fallen, was bloss auf Grund einer parteilichen Vereinbarung als Zahlungsmittel mit schuldentilgender Wirkung gilt. In Betracht kommen nur solche Zahlungsmittel, welche der Gläubiger mangels anderer Vereinbarung von Gesetzes wegen "mit der Sanktion des Annahmeverzuges als Erfüllung annehmen muss"¹⁹⁷. Wichtig ist dabei, dass nicht nur das geschriebene, sondern auch das Gewohnheitsrecht¹⁹⁸ Rechtsquelle sein kann.

Nach schweizerischem Recht sind "Geldschulden in Landesmünze zu bezahlen" (Art. 84 Abs. 1 OR)¹⁹⁹. Eine ausdrückliche gesetzliche Annahmeverpflichtung besteht somit nur für das Währungsgeld. Andererseits konnten wir feststellen, dass Art. 84 Abs. 1 OR dispositiver Natur ist und neben dem Währungsgeld auch andere Geldarten zur Erfüllung von Geldschulden zulässt²⁰⁰. Bei der Bestimmung des Erfüllungsgegenstandes ist deshalb in erster Linie der übereinstimmend geäusserte Parteiwille massgeblich²⁰¹.

Eine eigentliche privatrechtliche Annahmeverpflichtung hingegen, die auf Gewohnheitsrecht beruht und neben dem Währungsgeld besteht, kann nur dann bejaht werden, wenn das zur Diskussion stehende Zahlungsmittel unter den Geldbegriff eingeordnet werden kann. Mit andern Worten muss

¹⁹⁵ Bodmer/Buomberger/Dubs 206.

¹⁹⁶ Weber, ZSR 1981, 172.

¹⁹⁷ Thywissen, BB 1971, 1348.

¹⁹⁸ In diesem Sinne auch Veli 45.

¹⁹⁹ Dazu gehört auch die Banknote, seit sie zum gesetzlichen Zahlungsmittel erklärt worden ist (BRB vom 29.6.1954).

²⁰⁰ Vgl. I dieses §.

²⁰¹ Vgl. zum Kauf: Giger, Art. 184 OR N 157.

die Leistung, welche vom Schuldner zur Erfüllung einer Geldschuld angeboten wird, für den Gläubiger qualitativ gleichwertig sein wie das Währungsgeld.

Im letzten Abschnitt wurde ersichtlich, dass für den Geldbegriff eine funktionelle Betrachtungsweise entscheidend ist; so rückt beim Sachgeld die Substanz in den Hintergrund. Wert erlangt es erst durch die abstrakte Vermögensmacht, welche es seinem Inhaber verleiht.

Auch der juristische Geldbegriff muss deshalb funktionell verstanden werden. Im juristischen Sinne ist das Geld als das von der Rechtsordnung mit einer Annahmeverpflichtung ausgestattete Zahlungsmittel zu qualifizieren, welches dem Berechtigten eine abstrakte Vermögensmacht verleiht.

Streitig ist, ob das Buchgeld unter diesen Geldbegriff eingeordnet werden kann. Die h.L. vertritt die Ansicht, dass eine Giroüberweisung bloss an Erfüllungsort erfolgt²⁰². Es wird vor allem eingewendet, niemand könne auf Grund eines solchen Gewohnheitsrechts verpflichtet werden, bei einer Bank ein Girokonto zu unterhalten²⁰³; zudem sei die durch das Giralgeld verliehene Vermögensmacht nicht im selben Masse abstrakt wie beim Währungsgeld, da sie als Forderung gegen eine bestimmte Bank noch ein personengebundenes Element aufweise²⁰⁴.

Bei näherer Betrachtung vermögen diese Argumente indessen nicht zu überzeugen: wohl stellt das Giro Guthaben eine Forderung gegen die Bank dar. Damit ist aber sein Wesen ungenügend umschrieben, da gerade für die dem Buchgeld typischen Vorgänge (Überweisung) das Forderungsrecht keine Anwendung findet: männiglich ist sich darüber einig, dass die bargeldlose Überweisung eines Geldbetrages nicht als Zession (Art. 164 ff. OR) zu qualifizieren ist, sondern als Anweisung, durch welche die gutschreibende Bank dem Überweisungsempfänger gegenüber eine abstrakte Verpflichtung eingeht²⁰⁵, die nicht durch Einreden aus dem Grundverhältnis (OR 162) beseitigt werden kann²⁰⁶.

So betrachtet rückt denn auch das "personengebundene Element" einer Giroüberweisung zugunsten der Abstraktheit der durch diese vermittelte Vermögensmacht stark in den Hintergrund²⁰⁷.

Auch die Ansicht, mangels Gewohnheitsrecht bestehe keine privatrechtliche Annahmeverpflichtung, hält einer näheren Betrachtung nicht stand: im Einzelfall muss nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) entschieden wer-

²⁰² Kleiner 68; von Tuhr/Peter 62; Oser/Schönenberger, Art. 84 OR N 23; a.A. Schmelcher 22; Isele, AcP 1928, 165; Simitis, AcP 1960, 449 ff.; Canaris, Anh. § 357 Anm. 237; Schönle 358, 362; Helbig 87 ff.; von Maydell 10. Nur die Einzahlung auf Postcheckkonto gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Erfüllung einer Geldschuld, BGE 55 II 200, 62 III 13.

²⁰³ Canaris, Anh. § 357 Anm. 237.

²⁰⁴ Kleiner 68.

²⁰⁵ Kleiner 45.

²⁰⁶ Ähnlich Thywissen, BB 1971, 1349.

²⁰⁷ Dazu eingehend Simitis, AcP 1960, 433 ff.

den, ob eine Annahmeverpflichtung vorliegt oder nicht. Verfügt der Gläubiger einer Geldforderung über kein eigenes Girokonto, so ist er genauso wenig zur Annahme einer Überweisung (auf ein CpD Konto) verpflichtet²⁰⁸, wie zur Annahme eines Millionenbetrages in Bargeld²⁰⁹. Unter diesen Voraussetzungen wird man heute von einem Gewohnheitsrecht sprechen können, nach welchem der Inhaber eines Girokontos zur Annahme von Buchgeld verpflichtet ist²¹⁰. Dies wird umso mehr ersichtlich aus der Tatsache, dass die Mehrheit der Geldzahlungen heute bargeldlos über Bank- und Postcheckguthaben abgewickelt werden und theoretisch gar nicht mehr genügend Währungsgeld zur Abwicklung des gesamten Zahlungsverkehrs (genauer: zur sofortigen Geltendmachung sämtlicher Geldforderungen) vorhanden wäre²¹¹. Die das Gewohnheitsrecht kennzeichnende, auf *opinio necessitatis* beruhende gesamtschweizerische Übung²¹² ist also beim Buchgeld sicher vorhanden.

2. Folgerungen für den trassiert-eigenen Bankcheck

a) In wirtschaftlicher Hinsicht

Funktionell betrachtet fallen auch trassiert-eigene Bankchecks unter den Geldbegriff. Der Gläubiger einer Geldforderung wird im Moment der Entgegennahme eines solchen Checks in gleicher Weise sichergestellt wie mit einer Summe Bargeld oder einer Gutschrift. Auch trassiert-eigene Bankchecks verleihen dem Inhaber die für das Geld typische abstrakte Vermögensmacht. Die Abstraktheit der durch eine Checkhingabe vermittelten Vermögensmacht ist sogar noch ausgeprägter als bei der Giroüberweisung; mit der Auszahlung des Checkbetrages wird ja nicht die Forderung einer bestimmten Person beglichen, sondern ein Wertpapier eingelöst²¹³. Zudem hat der Nehmer eines trassiert-eigenen Bankchecks jeweils die Gewissheit, dass diese Checks Deckung in sich tragen²¹⁴, unabhängig vom weiteren Verhalten des Geldschuldners. Hier zeigt sich auch der wesentliche Unterschied zum gewöhnlichen Kundencheck, wo jeweils das Risiko einer fehlenden Deckung auf dem Ausstellerkonto bis zu dem Augenblick besteht, wo der Gläubiger effektiv über den Checkbetrag verfügen kann; deshalb ist die Kreditwürdigkeit des Ausstellers jeweils qualitativ ganz entscheidend für den Kundencheck.

²⁰⁸ Helbig 89.

²⁰⁹ Duden 8; von Thur/Peter 62.

²¹⁰ Helbig 88f.

²¹¹ Thywissen, BB 1971, 1349; Nobel 26ff.; Weber, ZSR 1981, 168ff.

²¹² Vgl. dazu Deschenaux, SPR II, 103; Meier-Hayoz, Art. I ZGB N 248.

²¹³ Habicht 18.

²¹⁴ Vgl. § 7 II.

Die Bonität eines erstklassigen trassiert-eigenen Bankchecks hingegen unterscheidet sich nicht von derjenigen einer gesetzlichen Banknote. "Garant" dieses Checks ist das Geschäftsvolumen der ausstellenden Bank. Genau gleich wie beim Buchgeld ist also die Kreditwürdigkeit des ausstellenden Bankinstitutes oder "der unternehmensrechtlich richtig geführte Bankbetrieb"²¹⁵ massgebend für die Bonität trassiert-eigener Bankchecks. Die Möglichkeit des Konkurses eines soliden Bankhauses scheint genauso hypothetisch wie die Gefahr eines Zusammenbruchs unseres Währungssystems und einer damit verbundenen Entwertung des Währungsgeldes. Dies umso mehr, als die Geldqualität der trassiert-eigenen Bankchecks nur während der kurzen 7-tägigen Vorlegungsfrist beurteilt werden muss und die finanzielle Lage des Kreditinstitutes für diese Dauer voraussehbar ist.

b) In rechtlicher Hinsicht

Um auch rechtlich Geldfunktion ausüben zu können, müssten trassiert-eigene Bankchecks vom Gläubiger mit der Sanktion des Annahmeverzuges als Erfüllung hingenommen werden²¹⁶.

Als Grundlage für diese Annahmepflicht kommt auch für die trassiert-eigenen Bankchecks mangels gesetzlicher Grundlage, wie beim Buchgeld nur Gewohnheitsrecht in Frage. Während ein solches beim Buchgeld auf Grund dessen überragender Bedeutung im Zahlungsverkehr unter den gegebenen Voraussetzungen²¹⁷ zu bejahen ist, präsentiert sich die Lage im vorliegenden Fall anders:

Trassiert-eigene- und Bankchecks ganz allgemein werden in Banken- und Geschäftskreisen zumindest während der Vorlegungsfrist als Bargeld angesehen²¹⁸; in der Allgemeinheit sind sie aber ziemlich unbekannt geblieben, da sie nur ganz spezifischen Bedürfnissen dienen. Eine gesamtschweizerische, auf *opinio necessitatis* beruhende Übung²¹⁹, welche das Gewohnheitsrecht charakterisiert, kann hier nicht nachgewiesen werden. Zudem werden dem Nehmer eines Checks Obliegenheiten zugemutet, die der Empfänger von Bargeld nicht kennt: er muss den Check rechtzeitig beim Bezogenen vorlegen und allenfalls seinen Diligenzpflichten nachkommen, sollte das Papier nicht eingelöst werden. Hinsichtlich trassiert-eigener Bankchecks statuiert unsere Rechtsordnung demgemäss keine allgemeine Annahmeverpflichtung. Somit stellen diese Checks auch kein Geld im juristischen Sinne dar: als Leistungsobjekt einer Geldschuld dienen sie rechtlich nicht als direkte, schuldentilgende Zahlungsmittel, sondern als Geld-

²¹⁵ Duden 13; Weber, ZSR 1981, 172.

²¹⁶ Vgl. II 1 c dieses §.

²¹⁷ Vorhandenes Giro- oder Postcheckkonto beim Gläubiger, keine Bagatellbeträge.

²¹⁸ Vgl. zum ähnlichen bestätigten deutschen Reichsbankcheck OLG Königsberg JW 1931, 3148.

²¹⁹ Deschenaux, SPR II, 103; Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 248.

surrogate, welche vom Gläubiger erfüllungshalber oder an Erfüllungstatt hingegeben werden.

Trassiert-eigene Bankchecks (und Bankchecks ganz generell) werden lediglich auf Grund der Verkehrssitte einzelner Geschäftsbranchen oder durch Vereinbarung der Parteien in Zahlung gegeben²²⁰.

3. Die rechtlichen Wirkungen einer Zahlung durch trassiert-eigenen Bankcheck

a) Leistung an Erfüllungstatt oder erfüllungshalber

Gewöhnliche Kundenchecks werden im Zweifelsfalle bloss erfüllungshalber hingegeben²²¹, da der Erwerb eines solchen Papiere dem Kunden nicht dieselbe Sicherheit bietet wie die Barzahlung. Anders bei den trassiert-eigenen Bankchecks (und Bankchecks allgemein): Diese werden häufig von Gläubigern hoher Geldbeträge verlangt, die einerseits sofortige Befriedigung in bar wünschen (Zug um Zug), andererseits aus praktischen Erwägungen (Sicherheit) eine Zahlung durch "Prima"-Bankcheck vorziehen (Versteigerungen, Autokäufe etc.)²²². Hier erlangt der Gläubiger nicht erst durch die Einlösung, sondern bereits mit der Entgegennahme eine mit dem Bargeld vergleichbare Sicherheit. Während beim Kundencheck in erster Linie der Schuldner an einer Checkzahlung interessiert ist, wünscht beim "Prima"-Bankcheck in der Regel der Gläubiger diese Zahlungsart.

Mangelt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, so ist man im Zweifelsfall geneigt, zugunsten des Gläubigers eine Leistung erfüllungshalber anzunehmen²²³: In einem solchen Fall trägt dann diejenige Vertragspartei die Beweislast, welche den weitergehenden Inhalt behauptet²²⁴. Im vorliegenden Fall wäre dies der Schuldner der Geldleistung, der Besteller, welcher die Entgegennahme des trassiert-eigenen Bankchecks an Erfüllungstatt behaupten würde. Auf Grund der hier vorliegenden verschiedenen Interessenlagen dürfte ihm dieser Beweis indessen nicht allzu schwer fallen. In der Regel verlangt der Gläubiger Zahlung mittels "Prima"-Bankcheck, um eine mit der Barzahlung vergleichbare Sicherheit zu erhalten; da also in erster Linie er an dieser Zahlungsart interessiert ist, wird er sie gewöhnlich auch an Erfüllungstatt entgegennehmen.

Freilich kann dieser Grundsatz keine absolute Geltung beanspruchen: so kann eine Auslegung der Parteienvereinbarung ergeben, dass auf Grund der konkreten Umstände und der besonderen Interessenlage nur eine Hingabe

²²⁰ Vieli 45.

²²¹ Vieli 64ff.; für das deutsche Recht: Canaris, Anh. § 357 Anm. 314; Baumbach/Hefermehl, Einl SchG N 19; Schönle 107; BGHZ 44, 178f.

²²² Vgl. § 2 I.

²²³ Bucher 279; von Tuhr/Escher 14.

²²⁴ Bucher 279; BGE 85 III 196ff., 89 II 341.

erfüllungshalber gewollt war; so z.B. wenn der Check von einem wenig kreditwürdigen Institut ausgestellt wurde, oder wenn der Geldschuldner (meistens der Besteller) selbst vertrauensunwürdig ist.

Häufig kommt es auch vor, dass vom Gläubiger "Zahlung in bar oder durch Bankcheck" verlangt wird. Hier erfolgt die Vereinbarung über die Checkhingabe nicht wie bei den Erfüllungssurrogaten erst im Augenblick der Leistung, sondern bereits bei Vertragsabschluss. Es liegt somit eine Wahlobligation vor (Art. 72 OR)²²⁵, indem es dem Schuldner freisteht, in der einen oder anderen Form zu leisten²²⁶. Diese Art der Checkhingabe stellt kein Surrogat dar, sondern eine vereinbarte Erfüllung. In den Wirkungen steht sie der Leistung an Erfüllungsstatt gleich. Die Hauptwirkung ist in beiden Fällen das Erlöschen der ursprünglichen Forderung²²⁷.

b) Eintritt der Erfüllungswirkung

aa) Hingabe an Erfüllungsstatt

Die Hingabe von erstklassigen Bankchecks erfolgt in der Praxis häufiger an Zahlungsstatt. Dies setzt eine Vereinbarung voraus, wonach ein anderer als der geschuldete Gegenstand als Erfüllung gelten soll²²⁸. Die Erfüllungswirkung und damit verbunden das Erlöschen des Grundverhältnisses tritt deshalb in dem Augenblick ein, wo die Checkhingabe erfolgt²²⁹.

In den Fällen, wo der Besteller selbst nicht auf dem Check erwähnt ist (als erster Nehmer), wird er also bereits mit der Checkhingabe definitiv befreit; deshalb kann er auch nicht mehr wegen einer Einlösungsverweigerung von seinem Gläubiger belangt werden. Sollte der Check aber wegen Mängeln der Urkunde selbst (z.B. Fehlen eines Formerfordernisses gemäss Art. 1100 OR) nicht eingelöst werden, könnte man eine Gewährleistungspflicht des Schuldners (Bestellers) nach Kaufrecht annehmen. Eine Gewährleistungspflicht für den checkrechtlichen Anspruch selbst ist — entsprechend der getroffenen Vereinbarung — nicht nötig, weil dieser durch den checkrechtlichen Regress bereits genügend gesichert ist²³⁰.

bb) Hingabe erfüllungshalber

Wird der Check dem Gläubiger bloss zahlungshalber übergeben, erlöscht das Grundverhältnis erst, wenn der Check verwertet²³¹ wurde; "Verwer-

²²⁵ Von Tuhr/Escher 11.

²²⁶ A.A. Vieli 38.

²²⁷ Vieli 55.

²²⁸ Von Tuhr/Escher 11.

²²⁹ Bucher 281.

²³⁰ Vgl. dazu näher Vieli 56.

²³¹ Von Tuhr/Escher 13; Vieli 63.

tung" heisst in diesem Fall, dass der Nehmer nicht mehr auf dem Rückgriffsweg belangt werden kann; dies trifft zu, wenn der Check beim Bezogenen bar eingelöst oder gutgeschrieben wurde, oder wenn der Nehmer einen Inhabercheck an Zahlungsstatt weiterübertragen hat²³².

c) Die Gefahrtragung

aa) Hingabe an Erfüllungsstatt

Bis zur Besitznahme des Checks durch den Nehmer trägt der Schuldner der Geldleistung die Verlustgefahr. Dies ergibt sich aus Art. 74 Abs. 2 Z. 1 OR, wonach Geldschulden Bringschulden sind²³³. Bis zu diesem Augenblick trägt der Gläubiger nicht nur die Gefahr eines Verlustes an sich, sondern auch die Gefahr anderer Ereignisse, welche den Wert eines Checks beeinflussen könnten: z.B. Währungsreformen, Konkursrisiko etc.²³⁴.

bb) Hingabe erfüllungshalber

Bezüglich der Verlustgefahr ist das Risiko in analoger Weise gleich verteilt wie bei der Hingabe an Zahlungsstatt: der Schuldner trägt die Gefahr bis zum Augenblick der Besitznahme des Checks durch den ersten Nehmer²³⁵. Sobald der Check aber in dessen Herrschaftsbereich gelangt ist, trägt er die Verantwortung für eine sorgfältige Aufbewahrung des Papiers. Der Gläubiger kann also nicht etwa im Falle eines Verlustes nach der Entgegennahme, oder bei Veruntreuung des Checks durch einen seiner Angestellten, auf das Kausalverhältnis zurückkommen.

Anders verhält es sich hier jedoch mit dem Konkursrisiko: entsprechend der Vereinbarung, dass die Leistung bloss erfüllungshalber erfolgt, muss der Schuldner dieses Risiko bis zum Moment der Checkeinlösung tragen, falls die bezogene Bank in Konkurs fällt²³⁶; der mit einer Hingabe erfüllungshalber verbundene Zahlungsveruch des Bestellers muss als gescheitert gelten, weshalb sein Gläubiger wieder auf die Kausalschuld zurückgreifen darf.

3. Abschnitt: Abgrenzung gegenüber verwandten Rechtsinstituten

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass trassiert-eigene Bankchecks innerhalb unseres Checkrechts eine Sonderstellung einnehmen. Herausra-

²³² Vgl. im Einzelnen zu der Checkhingabe erfüllungshalber, namentlich was das zwischen beiden Parteien bestehende auftragsähnliche Verhältnis betrifft: Vieli 57 ff.

²³³ Ähnlich für die Giroüberweisung: Kleiner 69, Helbig 91. Für die Postchecküberweisung: Rychner, SJZ 1949, 218 ff.

²³⁴ Für die Giroüberweisung: Helbig 91.

²³⁵ Vgl. für das deutsche Recht Canaris, Anh. § 357 Anm. 317.

²³⁶ Dazu ausf. Canaris, Anh. § 357 Anm. 318.

gendste Eigenschaft ist der unmittelbare Anspruch des Checknehmers gegenüber der bezogenen Bank.

In einer ähnlich gesicherten rechtlichen Stellung befinden sich die Nehmer von garantierten Eurochecks und von Reisechecks.

Im folgenden wird deshalb eine Gegenüberstellung der trassiert-eigenen Bankchecks mit diesen beiden Zahlungsmitteln vorgenommen.

§ 10 Vergleich mit dem Reisecheck vom Typ AMEXCO

I. Einleitung

Reisechecks zirkulieren noch heute in verschiedenster Form und Ausgestaltung²³⁷. Nach ihrem Wortlaut kann man diese Papiere in zwei Grundtypen einteilen²³⁸: so gibt es Reisechecks, deren Text ein Zahlungsverprechen zum Ausdruck bringt, und solche, die als Zahlungsanweisung formuliert sind.

Der folgende Vergleich wird sich auf die Reisechecks mit Anweisungscharakter beschränken; nur für diese kommt eine rechtliche Qualifizierung als Check überhaupt in Frage. Ist der Text nämlich als Zahlungsverprechen formuliert, fehlt die nach Art. 1100 Z. 2 OR zwingende Voraussetzung, dass Checks eine "unbedingte Anweisung" enthalten müssen²³⁹.

Wichtigste Vertreter der Reisechecks mit Anweisungscharakter sind die Traveler-Checks der American Express Company, welche heute weltweit eine überragende Bedeutung haben. Der folgende Vergleich wird sich deshalb auf diesen Vertreter der Reisechecks beschränken.

²³⁷ Heinichen 21ff., 30ff.

²³⁸ Heinichen 31.

²³⁹ Der von den Schweizer Banken herausgegebene "Swiss Bankers Traveler-Check" entfällt aus diesem Grund ebenfalls für unsere Betrachtung. Nach dessen Text weisen die ausstellenden Banken nicht zu einer Zahlung an, sondern versprechen selbst, die Checksumme zu leisten. Diese Reisechecks entsprechen deshalb eher wechselähnlichen Orderpapieren i.S. von Art. 1151 OR.

II. Der AMEXCO Traveler-Check

1. Verfahren und wirtschaftliche Bedeutung

a) Verfahren

Der Reisecheck wurde bereits im Jahre 1891 durch den damaligen Präsidenten der AMEXCO erfunden. Diese Checkart sollte an die Stelle des Kreditbriefes treten, welcher sich auf Reisen ins Ausland als zu umständlich erwies, da er nicht übertragbar ist und nur bei bestimmten Banken eingelöst werden kann²⁴⁰. Der Kreditbrief wurde vom Reisecheck sehr rasch überflügelt und ist heute im Reiseverkehr fast vollständig verschwunden.

Namentlich die AMEXCO Traveler-Checks erfreuen sich grösster Beliebtheit und können auf der ganzen Welt gekauft und eingelöst werden. Das Verfahren ist einfach: die AMEXCO verfügt über ein weltweites Netz von Korrespondenzbanken, welche von der AMEXCO vertraglich zur Ausgabe und Einlösung der Traveler-Checks verpflichtet wurden (sog. Ausgabestellen). Beim Erwerb von Reisechecks muss der Kunde im voraus den Gegenwert leisten (bar oder durch Belastung seines Kontos), plus eine Verkaufskommission von 1%. Vor der Aushändigung hat er ferner in Gegenwart eines Schalterbeamten seine Unterschrift unten auf dem Papier anzubringen, welche bei der späteren Einlösung eine Kontrolle ermöglichen soll; dann nämlich muss der Kunde — wiederum unter den Augen eines Schalterbeamten — den Check mit Ortsangabe und Datum versehen, und mit seiner zweiten Unterschrift gegenzeichnen.

Wird der Traveler-Check von einem Zweitnehmer eingelöst, oder hat der Ersterwerber bereits gegengezeichnet, fehlt der Einlösungsstelle diese Kontrollmöglichkeit. Hier wird deshalb genau gleich verfahren wie beim Inkasso von gewöhnlichen Checks: falls die beiden Unterschriften auf der Vorderseite rein äusserlich übereinstimmen und das Papier mit einem ordnungsgemässen Indossament versehen ist, wird der Betrag unter der Klausel "Eingang vorbehalten" gutgeschrieben, sofern der Einreicher als Kunde der Bank bekannt ist und genug kreditwürdig erscheint. Bei unbekannten oder wenig kreditwürdigen Einreichern erfolgt die Gutschrift erst nach Eingang der Deckung.

b) Wirtschaftliche Bedeutung

Für den Kunden hat der Traveler-Check den grossen Vorteil, dass er ohne viel Bargeld ins Ausland reisen kann. Zweck der Traveler-Checks ist deshalb vor allem die Möglichkeit, auf der ganzen Welt je nach Bedarf Bargeld

²⁴⁰ Käser, ZKW 1961, 196.

beschaffen zu können. Der Traveler-Check ist somit in erster Linie Bargeldbeschaffungsmittel²⁴¹.

Dank ihrer allgemeinen Beliebtheit und der Bonität, deren sich diese Papiere erfreuen, finden sie mehr und mehr auch als Zahlungsmittel Verwendung. Vor allem in den USA, wo der bargeldlose Zahlungsverkehr eine viel grössere Verbreitung gefunden hat, zirkulieren die AMEXCO Traveler-Checks wie Bargeld.

Traveler-Checks werden nämlich in verschiedene Beträge (z.B. von 10 Dollars – 500 Dollars) gestückelt, in den Verkehr gebracht und können deshalb für Zahlungen verschiedenster Art gebraucht werden. Ein weiterer grosser Vorteil besteht für den Kunden ferner darin, dass ihm die Emissionsbank das Verlustrisiko abnimmt und für den Fall des Abhandenkommens sofortigen Ersatz garantiert. Endlich ist die Gültigkeit der Traveler-Checks zeitlich nicht begrenzt, sie unterliegen also keiner Vorlegungsfrist. Der Kunde muss also auf einer Reise nicht sämtliche Traveler-Checks einlösen, sondern kann sie für einen späteren Zeitpunkt aufsparen. Manchmal erstet der Kunde Reisechecks auch, um devisenrechtliche Beschränkungen des Erwerbs von ausländischen Zahlungsmitteln zu vermeiden²⁴². Die grosse Bedeutung des AMEXCO Traveler-Checks wird auch daraus ersichtlich, dass er heute in vielen bekannten Währungen ausgestellt wird (US-Dollars, kanadische Dollars, französische Francs, Deutsche Mark, japanische Yen, englisches Pfund, Schweizer Franken).

Auch die Banken haben ein Interesse am Reisecheckgeschäft, obwohl es als typisches Dienstleistungsgeschäft vorab im Dienste des Kunden steht²⁴³. Ein grundsätzliches Interesse besteht in der Förderung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Entscheidend fällt hier ins Gewicht, dass sich der Reisecheckverkehr zu einem eigentlichen Massengeschäft entwickelt hat; dem Zahlungsverkehr werden in beträchtlichem Ausmass Barmittel entzogen, deren Zinsnutzen den Banken zugute kommt²⁴⁴.

2. Rechtliche Grundlagen

a) Einleitende Bemerkungen

Die Rechtsnatur der Reisechecks ist noch heute umstritten²⁴⁵. Dies rührt daher, dass Reisechecks unterschiedlichster Ausgestaltung zirkulieren²⁴⁶. Komplizierend ist auch die Tatsache, dass es sich hier um Papiere des

²⁴¹ Heinichen 16.

²⁴² Albisetti/Bodmer 512.

²⁴³ Heinichen 17.

²⁴⁴ Heinichen 17.

²⁴⁵ Eine umfassende Übersicht gibt die Dissertation von Heinichen, der sich in erster Linie allerdings mit dem für uns weniger interessanten DM Reisecheck befasst.

²⁴⁶ Vgl. I dieses §.

internationalen Zahlungsverkehrs handelt, was die kollisionsrechtliche Frage nach dem anwendbaren Recht aufwirft.

Eine eingehende rechtliche Analyse der Reisechecks würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Die folgende Beurteilung wird deshalb nur soweit gehen, als es für den Vergleich mit dem trassiert-eigenen Bankcheck notwendig ist²⁴⁷.

Die Ungeklärtheit der rechtlichen Lage ist für die Praxis indessen nicht zu einem Problem geworden. Das beweist die Tatsache, dass sowohl in der Schweiz wie auch im übrigen Europa die Rechtsprechung zum Reisecheck äusserst selten ist²⁴⁸.

In den Vereinigten Staaten, wo sich der Reisecheck viel früher verbreitete, ergingen etwas häufiger Urteile auf diesem Gebiet.

In der Tat funktionierte das Geschäft mit den Reisechecks äusserst gut, denn die Banken schaffen (hier!) durch ihre AGB klare Verhältnisse gegenüber ihren Kunden. Vor allem die Übernahme des Verlustrisikos und die mit Bestimmtheit erfolgende Einlösung von formgerecht ausgestellten Traveler-Checks tragen dazu bei, dass der Kunde eine sichere rechtliche Stellung gegenüber der Bank einnimmt.

b) Anwendbares Recht

Für die Beurteilung von Form und Wirkungen einer Checkerkklärung sind die Art. 1139 und 1140 OR die massgebenden Kollisionsnormen.

Was zunächst die Form betrifft, verweist Art. 1139 Abs. 1 OR auf das Recht desjenigen Landes, wo die Erklärung unterzeichnet wurde; es genügt jedoch im Sinne einer subsidiären Anknüpfung die Wahrung der Form, die das Recht des Zahlungsortes vorschreibt. Die Wirkungen einer Checkerkklärung bestimmen sich demgegenüber grundsätzlich nach dem Recht des Landes, in dessen Gebiete die Erklärungen unterschrieben wurden (Art. 1140 OR).

Diese beiden Bestimmungen gelten anerkannterweise nicht nur innerhalb der Genfer Vertragsstaaten, sondern erga omnes, zumal Übereinstimmung mit dem hier wichtigen angelsächsischen Kollisionsrecht besteht²⁴⁹.

In formeller Hinsicht gelangt für die AMEXCO Traveler-Checks grundsätzlich das am Sitze des Emissionsinstitutes geltende, d.h. amerikanisches Recht zur Anwendung²⁵⁰. Bei diesen Reisechecks ist der Zahlungsort näm-

²⁴⁷ Namentlich die Ausgabestellen werden nicht in die rechtliche Beurteilung einbezogen, da sie nicht am wertpapierrechtlichen Verhältnis beteiligt sind. Ihre Funktion besteht darin, für die Emissionsbank Traveler-Checks aufzubewahren und in deren Namen an die Erwerber zu verkaufen, vgl. Heinichen 122f.

²⁴⁸ Vgl. OG BL BJM 1971, 178; AppG BE ZBJV 1977, 356ff.

Vgl. für Deutschland RGZ 79, 342ff.; für Frankreich Ripert/Roblot 212 N 2178.

²⁴⁹ Zimmermann, Anh. Art. 1105 OR N 38.

²⁵⁰ Zimmermann, Anh. Art. 1105 OR N 38; OG BL BJM 1971, 179f.; Heinichen 82f.

lich immer identisch mit dem Sitz des Emissionsinstituts²⁵¹; vor allem aber gelten die AMEXCO Traveler-Checks als vom Chairman dieses Bankinstituts ausgestellt und werden als typische Massenspapiere mit dessen Faksimile-Unterschrift versehen²⁵². Solchen Faksimile-Unterschriften kann die Wirksamkeit nicht abgesprochen werden, denn sie genügen den Formvorschriften des amerikanischen Rechts²⁵³.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist der Grundsatz, wonach die Frage, ob eine formgerechte Checkerkklärung vorliegt, bis zum Vorliegen eines vollständigen und rechtsgültigen Checks nach dem Recht des Ausstellungslandes beurteilt wird²⁵⁴. Deshalb ist auch für die beiden Unterschriften des Ersterwerbers immer amerikanisches Recht anwendbar, unbekümmert darum, in welchem Land sie zu Papier gebracht werden.

Nur eine solche Anknüpfung entspricht den Interessen des Verkehrs und gewährleistet eine einigermaßen einheitliche Behandlung dieser Papiere. Eine Beurteilung der beiden Unterschriften des Ersterwerbers nach dem Rechte des Landes, wo sie gerade auf den Check gebracht werden, hätte rein zufällige Ergebnisse zur Folge und würde je nachdem zu erheblichen Beweisschwierigkeiten führen (bei Reisen durch mehrere Staaten z.B.). Zudem wären damit je nachdem auch absurde Spaltungen in der Rechtsanwendung verbunden, indem im extremsten Fall drei verschiedene Rechtsordnungen je eine andere Checkerkklärung für sich als Ausstellerunterschrift "beanspruchen" könnten: so ist es ja durchaus denkbar, dass ein AMEXCO Traveler-Check in die Schweiz gelangt, hier vom Erwerber ein erstes Mal unterzeichnet, und schliesslich auf einer Ferienreise in Ägypten gegengezeichnet wird!

Eine solche Rechtsanwendung wäre denn auch praktisch undurchführbar und für die aus dem Papier verpflichtete Person, das Emissionsinstitut, unzumutbar.

Es entspricht also dem Wesen der Traveler-Checks, dass sie als Papiere, die auf der ganzen Welt zirkulieren, bis zum Zeitpunkt ihrer Vollständigkeit nach dem Recht des Ausstellerlandes beurteilt werden²⁵⁵ und zwar sowohl bezüglich ihrer Form, wie auch bezüglich der Wirkungen.

c) Beurteilung nach amerikanischem Recht

Nach herrschender amerikanischer Lehre und Rechtsprechung stellt der Traveler-Check der AMEXCO einen sog. cashier's cheque dar, ein trassiert-eigener Bankcheck, welcher von der ausstellenden Bank auf sich

²⁵¹ Heinichen 83f.

²⁵² Zimmermann, Anh. Art. 1105 OR N 37 b; Heinichen 83.

²⁵³ Jacobi 1017; Heinichen 83.

²⁵⁴ Baumbach/Hefermehl, Art. 92 WG N I.

²⁵⁵ Gl.A.: Zimmermann, Anh. Art. 1105 OR N 38; Heinichen 82f.; OG BL BJM 1971, 180f.; sinngemäss auch BGE 68 II 208f.; Schnitzer 294ff.

selbst gezogen und durch die Ausgabe angenommen wird²⁵⁶. Das bedeutet also in erster Linie, dass die Bank eine unmittelbare Einlösungsverpflichtung gegenüber dem Checknehmer eingeht.

Die Frage nach dem Zustandekommen der Traveler-Checks als sog. negotiable instruments war lange Zeit umstritten²⁵⁷. Man war sich nämlich nicht einig darüber, ob der Check bereits mit der faksimilierten Unterschrift vollständig sei, oder ob die im Papier enthaltene Zahlungsanweisung erst mit der zweiten Unterschrift des Erwerbers (Gegenzeichnung) unbedingt werde²⁵⁸.

Die Frage wurde in zweiterem Sinne beantwortet, seit in den meisten nordamerikanischen Staaten zu Beginn der Sechziger Jahre der Uniform Commercial Code (UCC) in Kraft gesetzt wurde. Auch Traveler-Checks sind negotiable instruments im Sinne von § 3-104 dieses Gesetzes, "when they have been completed by the identifying signature"²⁵⁹. Die Gegenzeichnung wird im übrigen auch von seiten der Banken als unerlässliche Voraussetzung der Berechtigung aus einem Traveler-Check betrachtet²⁶⁰. Da die faksimilierte Unterschrift des Chairman als Ausstellerunterschrift gilt, kommen den beiden Unterschriften des Ersterwerbers Kontroll- und Übertragungsfunktionen zu. Die Gegenzeichnung, welche bei der Checkeinlösung vor dem Schalterbeamten auf die Urkunde zu setzen ist, soll eine bessere Überprüfung der Berechtigung ermöglichen.

Gleichzeitig wird sie als erstes Indossament auf dem Check betrachtet²⁶¹. Freilich liegt hier ein Indossament ganz besonderer Art vor, da es nicht nur die Übertragung des Checks ermöglicht, sondern gleichzeitig unabdingbare Gültigkeitsvoraussetzung für das Zustandekommen des Checks und die Berechtigung des ersten Nehmers ist.

d) Die Besonderheiten der AMEXCO Traveler-Checks

In ihrer Eigenschaft als cashier's cheques ist für die Traveler-Checks § 3-104 UCC anwendbar: Im amerikanischen Recht erfuhr der Check nicht eine selbständige Regelung, sondern gilt als besonderer Wechsel, welcher auf eine Bank gezogen ist²⁶².

²⁵⁶ Heinichen 115 Fn 30 u. dort zit. Rechtsprechung, ferner 117 Fn 44; Zimmermann, Anh. Art. 1105 OR N 39; Käser, ZKW 1961, 198.

²⁵⁷ Heinichen 113.

²⁵⁸ Heinichen 113, 124; Käser, ZKW 1961, 198.

²⁵⁹ Kommentar des American Law Institute und der National Conference of Commissioners on Uniform State Law zum UCC, N 4 zu § 3-104; der UCC gilt auch im Staat New York, dem Sitzstaat der AMEXCO.

²⁶⁰ OG BL BJM 1971, 181.

²⁶¹ Heinichen 113 mit weiteren Hinweisen.

²⁶² § 3-104 UCC bestimmt in Abs. 2: "A writing, which complies with the requirements of this section is:

(a) . . .

(b) a check, if it is a draft drawn on a bank and payable on demand."

Diese gesetzliche Regelung tritt aber stark in den Hintergrund, weil das Verhältnis des ersten Nehmers des Traveler-Checks (Erwerber) zur Emissionsbank vorab durch deren AGB geregelt wird. Dadurch befindet sich der Erwerber in einer wesentlich sichereren rechtlichen Stellung als der Nehmer eines gewöhnlichen Checks oder — wie zu zeigen ist — auch eines trassiert-eigenen Bankchecks. Die Qualifikation des Traveler-Checks als Check wird darum auch erst dann relevant, wenn das Papier in die Hände einer Drittperson gelangt.

aa) Die rechtliche Stellung des Erstnehmers (Erwerber)

Die herausragendste Eigenschaft der AMEXCO Traveler-Checks besteht in der Übernahme des Verlustrisikos durch die Emissionsbank. Für den Fall von Verlust oder Diebstahl erhält der erste Nehmer den Checkbetrag nämlich anstandslos zurückvergütet, sofern er auf dem Papier noch nicht seine zweite Unterschrift (Gegenzeichnung) angebracht hat.

Wegen dieser problemlosen Schadloshaltung wird in der Literatur teilweise bezweifelt, ob Reisechecks überhaupt noch als Wertpapiere zu bezeichnen seien (für den ersten Nehmer ist das Recht aus dem Papier ja dann nicht mehr an den Papierbesitz gebunden)²⁶³.

Die Emissionsbanken nehmen das Verlustrisiko bewusst in Kauf; angesichts der enormen Umsätze fällt es auch nur wenig ins Gewicht und zudem verspricht man sich davon einen Werbeeffect, welcher den Traveler-Check umso populärer macht.

Bei Verlust nach Gegenzeichnung verliert der Erwerber den Rückerstattungsanspruch. Diese vertragliche Regelung wurde auch von der amerikanischen Rechtsprechung gebilligt, da sie mit dem UCC übereinstimmt. Schliesslich bleiben die Emissionsbanken einem gutgläubigen Nehmer auch nach amerikanischem Recht zur Einlösung verpflichtet (Sec 3–302 Abs. 1 lit. b UCC) und wollen demgemäss das Risiko einer doppelten Inanspruchnahme nicht mehr tragen: die Missbrauchsgefahr würde hier doch zu gross. Auch nach Contract Law steht dem Erwerber kein Rückerstattungsanspruch zu, da er seine Vertragspflicht gegenüber der Bank verletzt, indem er den Traveler-Check vor der Einlösung gegengezeichnet hat²⁶⁴.

Zwei weitere Besonderheiten stehen in engem Zusammenhang zueinander:

- Traveler-Checks unterliegen keiner Vorlegungsfrist, sind also uneingeschränkt gültig, und
- die Emissionsbank verpflichtet sich grundsätzlich nicht, aus welchem Grund auch immer einen Traveler-Check zu sperren (widerrufen). Eine Sperre wäre in Anbetracht der massenweisen Zirkulation dieser Papiere

²⁶³ Heinichen 116f.; Borkowsky/Moosmann 250.

²⁶⁴ Heinichen 121.

auf der ganzen Welt praktisch undurchführbar. Zudem wäre damit ein unverhältnismässiger Mehraufwand an Arbeit verbunden, welcher die Bank teurer zu stehen käme als die aus dieser Vereinbarung effektiv resultierenden Schäden.

Für den ersten Nehmer entstehen dadurch keine Nachteile; geht er mit seinen Traveler-Checks vertragsgemäss um, kommt die Emissionsbank für allfällige Schäden auf (Verlust, Diebstahl). Somit ist er gar nicht auf die Sperre der Checks durch die Emissionsbank angewiesen.

bb) Die rechtliche Stellung des Drittnehmers

Gemäss ihrem ursprünglichen Verwendungszweck sind die Traveler-Checks genauso wenig für einen längeren Umlauf bestimmt wie der gewöhnliche Check. Infolgedessen soll ein Drittnnehmer auch nicht in den Genuss der Vorteile kommen, welche die Emissionsbank dem Ersterwerber vertraglich zugesichert hat.

Namentlich das Verlustrisiko muss er alleine tragen. Die Rechtslage ist hier gleich wie beim Verlust des Traveler-Checks nach erfolgter Gegenzeichnung. Die Emissionsbank will jetzt für keinen beim Nehmer eintretenden Schaden mehr eintreten. Von nun an ist nur noch berechtigt, wer den formgerecht ausgefüllten und indossierten Check als gutgläubiger Nehmer innehat. Es stellt sich aber hier die Frage, von welchem Zeitpunkt an der Drittnnehmer überhaupt eine Berechtigung aus dem Papier erlangen kann. Vor der Einführung des UCC war man sich nämlich nicht einig darüber, ob eine Berechtigung auch dann entstehen kann, wenn das Papier ohne Erstunterschrift oder Gegenzeichnung bei einer Bank oder beim Erstennehmer gestohlen wurde²⁶⁵. Der UCC brachte indessen eine Klärung dieses Problems: gemäss § 3-104 wird der Traveler-Check wie gesagt erst dann zum rechtsgültigen Wertpapier, wenn er mit der Gegenzeichnung des ersten Nehmers versehen ist²⁶⁶. Bis zu diesem Augenblick ist er behebungsunfähig und als negotiable instrument ungültig. Wird ein so in den Verkehr gesetztes Wertpapier von einem Nichtberechtigten ohne Ermächtigung ergänzt und gegengezeichnet, so liegt eine Checkverfälschung vor²⁶⁷. Gemäss § 3-407 und § 3-115 Abs. 1 UCC kann ein gutgläubiger Dritter ein nachträglich vervollständigtes Wertpapier nur demjenigen gegenüber geltend machen, der die entsprechende Erklärung auf die Urkunde gesetzt hat²⁶⁸. Die Emissionsbank ihrerseits muss sich somit einen derartig verfälschten Traveler-Check überhaupt nicht zurechnen lassen, ebensowenig der Ersterwerber, da die Urkunde in dem hier betrachteten Fall ohne ihre Ermächtigung vervollständigt wurde.

²⁶⁵ Heinichen 124f.

²⁶⁶ Vgl. II 2 c dieses §.

²⁶⁷ Jähnchen-John 30.

²⁶⁸ Jähnchen-John 30.

Berechtigt gegenüber dem Emissionsinstitut sind demzufolge ausschliesslich diejenigen Drittnnehmer, welche einen Traveler-Check besitzen, der vom Erstnehmer formgerecht gegengezeichnet in den Verkehr gesetzt wurde. In der Praxis bedeutet dies freilich nur, dass die Bank befugt ist, die Einlösung eines begebungsfähigen Traveler-Checks zu verweigern. Infolge der massenweisen Verbreitung dieser Papiere pflegen die Korrespondenzbanken im Einverständnis mit der AMEXCO jedoch sämtliche Traveler-Checks einzulösen, welche vollständig ausgefüllt sind und bei denen die beiden Unterschriften äusserlich übereinstimmen. Ein anderes Vorgehen wäre denn auch praktisch undurchführbar. So werden die Korrespondenzbanken nur dann über gestohlene Traveler-Checks avisiert, wenn ganze Serien abhandengekommen sind.

e) Kollisionsrechtliche Anmerkung

Es wurde eingangs dieses Abschnitts²⁶⁹ festgehalten, dass Traveler-Checks bis zum Zeitpunkt ihrer Vollständigkeit — wenn sie also gegengezeichnet sind —, dem amerikanischen Recht unterstellt sind. Die wichtigste Folge davon ist, dass das Emissionsinstitut nur verpflichtet werden kann, wenn beide Unterschriften auf dem Check vom Ersterwerber stammen. Andernfalls kann die Einlösung auch einem gutgläubigen Drittnnehmer mittels einer absoluten Einrede verweigert werden. Diese Rechtsanwendung hat den grossen Vorteil, dass die AMEXCO Traveler-Checks auf der ganzen Welt bezüglich ihres Entstehens und ihrer Rechtsnatur gleich behandelt werden.

Sollte nun also ein schweizerisches Gericht sich mit einem solchen ausländischen Reisecheck befassen, so müsste es diesen als Check des amerikanischen UCC beurteilen²⁷⁰.

Was jedoch Fragen der später auf den Check gesetzten Erklärungen, wie namentlich die Indossamente auf der Rückseite der Urkunde betrifft, so gelangt gemäss Art. 1139 und 1140 OR das Recht am Orte der Unterzeichnung zur Anwendung, beispielsweise schweizerisches Recht.

Eine solche Rechtsanwendung ist auch für das Emissionsinstitut zumutbar, da ja bezüglich der wichtigsten Frage nach dem rechtsgültigen Zustandekommen der Urkunde und dessen Wirkungen immer wieder auf amerikanisches Recht zurückgegriffen werden muss. Die hier vorliegende Spaltung in der Rechtsanwendung hat den Vorteil, dass den rechtlichen und faktischen Verkehrsgepflogenheiten der einzelnen Länder Rechnung getragen wird. So werden beispielsweise in der Schweiz die gültig zustandegekommenen Traveler-Checks genauso gleich übertragen und von den Banken abgerechnet wie die gewöhnlichen Kundenchecks.

²⁶⁹ Vgl. II 2 b dieses §.

²⁷⁰ Zimmermann, Anh. Art. 1105 OR N 38.

Form und Wirkungen eines in der Schweiz auf den Check geschriebenen Indossaments werden somit nach hiesigem Recht beurteilt. Zu den Wirkungen einer Checkerkklärung gehört alles, was die Haftung der aus dem Papier verpflichteten Personen betrifft; erfasst werden davon aber auch die Übertragungs- und die Berechtigungswirkungen des Indossaments²⁷¹.

Zusammengefasst hätte der schweizerische Richter deshalb bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen der gutgläubige Erwerb eines Traveler-Checks möglich ist, wie folgt vorzugehen: das gültige Zustandekommen des Checks wäre nach § 3–104 UCC zu beurteilen. Sobald ein Indossament in der Schweiz unterzeichnet wurde, käme schweizerisches Recht zur Anwendung. Demnach wird der gutgläubige Erwerber eines gestohlenen, verlorenen, oder auch mit einem gefälschten Indossament versehenen Traveler-Checks geschützt, solange das äussere Bild einer geschlossenen Indossamentenkette stimmt (Art. 1112 i.V. mit Art. 1110 OR)²⁷².

III. Vergleich mit dem trassiert-eigenen Bankcheck

1. In wirtschaftlicher Hinsicht

a) Das Interesse des Kunden

Ursprünglich waren beiden Checkarten verschiedene Funktionen zugedacht: der trassiert-eigene Bankcheck (wie der Bankcheck allgemein) sollte dem Kunden als vollwertiges Zahlungsmittel dienen, während der Traveler-Check auf Reisen ins Ausland als bequemes Mittel zur Beschaffung von Bargeld fungieren sollte. Während der Bankcheck bis heute in seiner Funktion grundsätzlich unverändert blieb, wird der Traveler-Check vor allem in Übersee wegen seiner Praktikabilität vom Reisenden ebenso sehr als Zahlungsmittel verwendet. Traveler-Checks wie Bankchecks weisen gegenüber gewöhnlichen Kundenchecks den entscheidenden Vorteil auf, dass sie im Moment der Begebung die Deckung in sich tragen. Massgebend für die Bonität des Papiere ist in beiden Fällen einzig die Kreditwürdigkeit der bezogenen/ausstellenden Bank. Entsprechend den unterschiedlichen Zahlungsgewohnheiten gelten Traveler-Checks in der amerikanischen Volkswirtschaft als Geld und sind für die Erfüllung einer Geldschuld von unmittelbarer schuldentilgender Wirkung²⁷³. Während beim trassiert-eigenen Bankcheck der Besteller in wirtschaftlicher Hinsicht "Aussteller" des Papiere ist (er finanziert die Checksumme und steht auch für Haftung aus

²⁷¹ Baumbach/Hefermehl, Art. 93 WG N 1; Zimmermann, Art. 1140 OR N 7.

²⁷² Zimmermann, Art. 1110 OR N 7.

²⁷³ Mc Connel 360.

Verlust etc. ein), trifft dies beim Traveler-Check nur bedingt zu: dem ersten Erwerber wird das Verlustrisiko von der Emissionsbank abgenommen.

b) Das Interesse der Banken

Das Ausstellen von Bankchecks als ausgesprochenes Dienstleistungsgeschäft ist wegen seiner Seltenheit und den relativ geringen Einheitsgebühren kaum mehr als unkostendeckend für die Banken²⁷⁴; demgegenüber verzeichnen die Emissionsbanken mit ihrem Traveler-Check-Geschäft enorme Umsätze, sofern es — wie bei der AMEXCO — als Massengeschäft betrieben wird. In beiden Fällen besteht jedoch ein grundsätzliches Interesse an der Förderung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Traveler-Checks bewirken auf Grund ihrer weltweiten Zirkulation einen grossen Werbeeffekt für das Kreditinstitut, was für den trassiert-eigenen Bankcheck, wenn auch weniger ausgeprägt, ebenfalls zutrifft.

2. In rechtlicher Hinsicht

a) Formelles

Von der äusseren Aufmachung her unterscheiden sich die Traveler-Checks von den Bankchecks (und auch den Kundenchecks) dadurch, dass sie serienweise und auf runde Beträge lautend ausgestellt werden. Beide Papiere enthalten die für einen Check notwendigen Formerfordernisse; die trassiert-eigenen Bankchecks gemäss Art. 1100 OR, die AMEXCO-Checks nach § 3–104 UCC.

Charakteristisch für die Traveler-Checks und gewissermassen atypisch für einen Check sind die zwei Unterschriften, welche der Bankkunde beim Erwerb und bei der Einlösung anbringen muss, damit das Papier vollständig i.S. des UCC wird.

Herausragendstes Charakteristikum beider Checkarten ist die auf der Urkunde enthaltene Eigenanweisung; anstelle des üblichen Dreiparteienverhältnisses sind nur zwei Beteiligte auf dem Papier erwähnt, wovon eine, die Bank, gleichzeitig als Aussteller und Bezogener erscheint.

b) Materielles

aa) Bezüglich der Stellung des Erstnehmers

Die Eigenanweisung hat in erster Linie formellen Erklärungswert. Materiell stellt sie die Bestätigung einer Zahlungsverpflichtung dar²⁷⁵. Sowohl Traveler-Checks als auch trassiert-eigene Bankchecks verbriefen praktisch

²⁷⁴ Vgl. § 2 II.

²⁷⁵ Vgl. § 7 II.

einen direkten Anspruch für den Checknehmer; beim trassiert-eigenen Bankcheck auf Grund der personellen Identität zwischen Aussteller und Bezogenem²⁷⁶, beim Traveler-Check zudem auch, weil das Papier durch die Begebung als vom Bezogenen angenommen gilt.

Im Gegensatz zum trassiert-eigenen Bankcheck gilt für den Traveler-Check keine Vorlegungsfrist; dementsprechend eignet er sich auch viel besser für eine Zirkulation im Ausland.

Die rechtliche Stellung eines Traveler-Check-Erwerbers (und z.T. sogar die Rechtsnatur des Traveler-Checks selbst) wird — im Gegensatz zu der rechtlichen Stellung des Nehmers beim trassiert-eigenen Bankcheck — weniger durch die Bestimmungen des Checkrechts, als durch die AGB der Emissionsbank bestimmt. Während der Anspruch des Nehmers eines trassiert-eigenen Bankchecks ausschliesslich checkrechtlicher Natur ist und an den Papierbesitz gebunden ist (das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier, Art. 965 OR), tritt für den Erstnehmer von Traveler-Checks das wertpapierrechtliche Element des Besitzes stark in den Hintergrund: die Emissionsbank entschädigt ihn bei Verlust und Diebstahl umgehend, sofern er sich nicht nach erfolgter Gegenzeichnung des Papierees entäussert hat.

bb) Bezüglich der Stellung der Drittnnehmer

Sobald ein vollständig ausgefüllter, also gegengezeichneter Traveler-Check in die Hände einer berechtigten Drittperson gelangt ist, sind die Unterschiede zum trassiert-eigenen Bankcheck geringer. Auch beim Traveler-Check folgt jetzt das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier. In beiden Fällen ist die Ausstellerbank einem gutgläubigen und legitimierten Nehmer in abstrakter und unbedingter Weise zur Einlösung verpflichtet: bei den Traveler-Checks infolge der mit der Emission abgegebenen Annahmeerklärung, beim trassiert-eigenen Bankcheck auf Grund der zwingenden gesetzlichen Einstandspflicht²⁷⁷. Als gleichwertig kann jedoch der Anspruch des Nehmers nur während der für die trassiert-eigenen Bankchecks geltenden kurzen Vorlegungsfristen (Art. 1121 OR) bezeichnet werden. Nach deren Ablauf ist die rechtliche Stellung des Nehmers stark geschwächt, da der Check jetzt frei widerruflich ist und die Bank höchstens noch auf dem Wege der ungerechtfertigten Bereicherung belangt werden kann (Art. 1143 i.V. mit 1052 OR). Beim Traveler-Check hingegen bleibt die Stellung des Nehmers auch mit dem Zeitablauf unverändert, da diese Checks keiner Vorlegungsfrist unterliegen und vom Emissionsinstitut grundsätzlich nicht widerrufen werden.

²⁷⁶ Vgl. § 712, II.

²⁷⁷ Vgl. § 713 c.

§ 11 Vergleich mit dem Checkkartencheck (Euro-check)

I. Der Checkkartencheck

1. Bedeutung in wirtschaftlicher Hinsicht

Der Kundencheck wurde früher als Zahlungsmittel vom Verkehr wegen des Annahmeverbots (Art. 1104 OR) und der Widerruflichkeit während der Vorlegungsfrist nicht sonderlich geschätzt. Aus diesem Grunde entschlossen sich die Banken, Checks einzuführen, die durch eine Checkkarte garantiert sind. In der Schweiz wurden 1968 zum ersten Mal Checkkarten herausgegeben²⁷⁸; 1972 schlossen sich die Schweizer Banken zum Swiss Check-System zusammen²⁷⁹. Dieses wurde 1978 durch das in anderen Ländern seit 1969 bestehende Eurocheck-System abgelöst²⁸⁰.

Der grosse Vorteil dieser Checkkarten besteht darin, dass die bezogene Bank die Einlösung der Checks bis zu Fr. 300.— garantiert, sofern diese formgerecht und unter Präsentierung der Checkkarte ausgestellt und auf der Rückseite mit der Kartennummer versehen sind. Eurochecks eignen sich nicht nur als Zahlungsmittel, sondern sind heute — vor allem auf Reisen ins Ausland — auch beliebte Bargeldbeschaffungsmittel geworden, da sie bei jeder beliebigen Bank eingereicht werden können²⁸¹. Während die Eurochecks im Ausland bis unlängst nur als Bargeldbeschaffungsmittel verwendet wurden, ist ihre allgemeine Anerkennung heute soweit gediehen, dass sie sich auch im Nichtbankensektor als internationales Zahlungsmittel immer mehr durchsetzen. So werden die Eurochecks heute in sämtlichen westeuropäischen Ländern anerkannt, teils auch im Mittelmeerraum und im Ostblock; in Übersee sind sie noch unbekannt²⁸².

Während sich also der Kunde eines vollwertigen Zahlungsmittels erfreut, welches — zumindest im inländischen Verkehr — praktisch wie Bargeld entgegengenommen wird, haben die Banken ein allgemeines Interesse an der Förderung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs²⁸³. Sie erhoffen sich eine Belebung der Aktivsoldi ihrer Kunden; die damit verbundene Erhöhung

²⁷⁸ Wüsch 54.

²⁷⁹ Wüsch 55.

²⁸⁰ Albisetti/Gsell 131.

²⁸¹ Schaudwet, NJW 1968, 10.

²⁸² Albisetti/Gsell 131.

²⁸³ Schaudwet, NJW 1968, 14.

des “Bodensatzes” schafft nämlich billiges Geld, da die Banken nur geringe Habenzinsen entrichten müssen²⁸⁴.

Eine unerwünschte Nebenerscheinung der Checkkarte kann darin bestehen, dass sie auf Grund der garantierten Einlösung zu Kreditzwecken missbraucht wird. Eine eigentliche Gefahr muss deswegen jedoch nicht heraufbeschworen werden. Gleich wie beim trassiert-eigenen Bankcheck²⁸⁵ setzen auch hier die kurzen Vorlegungsfristen eine klare Grenze. Zudem garantieren die Banken ja nur eine Einlösung bis zu Fr. 300.—²⁸⁶.

2. Die Bedeutung der Checkkartenabrede in rechtlicher Hinsicht

Wenn im vorliegenden Abschnitt ein Vergleich mit dem Checkkartencheck vorgenommen wird, so deshalb, weil die Garantieerklärung der Bank die Stellung der Checknehmer in ähnlicher Weise sichert wie beim trassiert-eigenen Bankcheck. Die folgende rechtliche Untersuchung beschränkt sich aus diesem Grunde auf die das Checkkartenverfahren charakterisierende Einlösungsverpflichtung der Bank gegenüber den Checknehmern.

a) Die Vereinbarkeit mit dem Annahmeverbot

Art. 1104 OR verbietet die Checkannahme und lässt einen trotzdem auf den Check gesetzten Annahmevermerk als nicht geschrieben gelten. Der Zweck dieser Bestimmung wurde bereits an anderer Stelle erörtert²⁸⁷; der Check soll nicht den Banknotenumlauf stören, auf der anderen Seite aber trotzdem Zahlungsmittel bleiben und nicht zum wechselähnlichen Kreditpapier werden. Nach heute überwiegender Lehre und Rechtsprechung²⁸⁸, die auch in Übereinstimmung mit dem eindeutigen Wortlaut von Art. 1104 OR steht, betrifft das Annahmeverbot ausschliesslich die checkrechtliche Verpflichtung der bezogenen Bank. Es steht also den Beteiligten frei, ausserhalb des Checks, auf rein vertraglicher Ebene eine Einlösungsverpflichtung der bezogenen Bank zu vereinbaren, sofern dadurch das Annahmeverbot nicht umgangen wird.

Dies wurde erreicht mit der Einführung der Checkkarte: diese erweitert den herkömmlichen Checkvertrag um ein zusätzliches Element²⁸⁹, indem die bezogene Bank auch dem *Nehmer* die Einlösung verspricht. Die Bank verpflichtet sich aber gegenüber letzterem nicht unmittelbar durch die Checkbegebung, sondern, indem der Aussteller mit der Checkübergabe

²⁸⁴ Schluep, SPR VII/2, 885; Schaudwet, NJW 1968, 14; Dütz, DB 1970, 189; ferner § 2 I 2.

²⁸⁵ Vgl. § 7 III 1.

²⁸⁶ Vgl. Horn, NJW 1974, 1483.

²⁸⁷ Vgl. § 7 III.

²⁸⁸ Würsch 269ff.; Schluep, SPR VII/2, 889; Schönle 214; Rehfeldt/Zöllner 136; Hueck/Canaris 166; Baumbach/Hefermehl, Art. 4 SchG N 3; Schaudwet, NJW 1968, 14; BGHZ 64 81.

²⁸⁹ Schluep, SPR VII/2, 885f.

gleichzeitig die Checkkarte vorweisen muss. Die Kartenummer, welche auf die Rückseite des Checks gesetzt wird, erfüllt ausschliesslich die Beweisfunktion, dass neben dem Check eine Einlösungsvereinbarung besteht²⁹⁰. Die Nummer wird also nicht vom wertpapierrechtlichen Rechtsschein der Urkunde erfasst.

Neben diesen formellen Aspekten verträgt sich die Garantieerklärung auch in materieller Hinsicht mit dem Annahmeverbot. Die Banken bezwecken nämlich nur, die Checks als Zahlungsmittel praktikabler zu machen. Das verträgt sich durchaus mit dem Sinn und Zweck des Checkrechts. So besteht die Garantie der Bank nur während der kurzen Vorlegungsfristen (8 bzw. 20 Tage), und zudem muss sich der Kunde verpflichten, nur bei vorhandener Deckung Checks auszustellen.

Auch hier trifft deshalb zu, was bereits für den trassiert-eigenen Bankcheck ausgeführt wurde²⁹¹: der garantierte Check eignet sich weder sonderlich zur Kreditschöpfung, noch für den Notenumlauf. Letzteres schon deshalb nicht, weil eine den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Stückelung fehlt.

Schliesslich hat bereits der zweite Nehmer nicht mehr eine absolute Sicherheit, dass der Check wirklich garantiert ist, da die Nummer auf der Rückseite ja nicht vom Rechtsschein des Papiers erfasst wird. Nur der erste Nehmer kann sich die Karte vorweisen lassen und hat die Vergewisserung, dass die Nummer stimmt.

b) Die Rechtsnatur der Einlösungsverpflichtung gegenüber dem Checknehmer

Sowohl die Frage nach dem Entstehen der Einlösungsgarantie als auch die Frage nach ihrer Rechtsnatur führte in der Lehre zu regen Kontroversen. Einigkeit besteht nur darüber, dass der Nehmer eines garantierten Checks einen unmittelbaren Anspruch gegen die bezogene Bank erwirbt.

Ein Teil der Lehre erblickt in der Garantie der Banken, jeden von einem rechtmässigen Nehmer bei ihr vorgelegten Check bis zur Höhe von SFr. 300.— einzulösen, einen Vertrag zugunsten Dritter (d.h. des jeweiligen Nehmers), den sie mit dem Karteninhaber abschliesst²⁹².

Der Nehmer erhält einen selbständigen Anspruch gegen die bezogene Bank, weshalb es sich hierbei um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handeln würde (Art. 112 Abs. 2 OR). Diese Lösung vermag wohl die Verpflichtung der Bank gegenüber jedem berechtigten Nehmer zu erfassen²⁹³. Sie muss indessen daran scheitern, dass die Bank als Promittentin dem Nehmer sämtliche Einwendungen und Einreden aus ihrem Verhältnis zum

²⁹⁰ Schaudwet, NJW 1968, 14; Würsch 270.

²⁹¹ Vgl. § 7 III 2.

²⁹² Zöllner, DB 1968, 560f.; Dütz, DB 1970, 191f.; hinweisend Schluep, SPR VII/2, 888f.

²⁹³ Schluep, SPR VII/2, 888f.

Karteninhaber (Stipulant) entgegenhalten könnte²⁹⁴. Gerade das soll die Kartengarantie aber verhindern; mit dem Risiko der Einwendungen und Einreden hätte der Nehmer letztlich gar nicht viel mehr Sicherheit als beim nichtgarantierten Kundencheck. Zudem wäre die vertraglich vereinbarte Leistung nur im Sinne einer Maximalgarantie bestimmt, da sich die Bank nur bis zu einer Höhe von Fr. 300.— pro Check verpflichtet²⁹⁵.

Richtigerweise geht die h.L. heute deshalb davon aus, dass zwischen der Bank und dem Nehmer ein abstraktes Rechtsverhältnis begründet wird. Der Karteninhaber gilt als bevollmächtigt, als Stellvertreter (Art. 32 OR) die Bank zu verpflichten, indem er die Checkkarte vorweist und deren Nummer auf der Rückseite des Checks anbringt²⁹⁶.

Nach herrschender deutscher Lehre²⁹⁷ liegt ein Garantievertrag vor, der dadurch zustandekommt, dass der Checknehmer die ihm durch den Karteninhaber (Stellvertreter) vorgelegte Vertragsofferte (Vorweisen der Karte) stillschweigend annimmt.

Das Wesen einer Garantie besteht darin, dass der Kunde seine Bank zu einer Ersatzleistung verpflichtet, falls er nicht selbst erfüllt²⁹⁸; sie soll also seine Leistung sichern. Hievon ausgehend hält die Konstruktion einer Bankgarantie nur stand, wenn sich die Bank dazu verpflichtet, für die Regressschuld des Ausstellers einzustehen²⁹⁹. Die deutsche Lehre spricht denn auch von einer subsidiären Einstandspflicht der Bank für diejenigen Fälle, wo sie den Check an sich nicht einlösen würde³⁰⁰.

Eine Auslegung des Eurocheck-Kartenreglements (Z. 3) ergibt jedoch unzweifelhaft, dass die Bank *selbst* Zahlung verspricht bis zum Betrag von Fr. 300.— (dies ungeachtet des irreführenden Begriffs "Garantie")³⁰¹; sie ist also Zahlungsorgan, indem sie in erster Linie im Rahmen der vorhandenen Deckung Einlösung verspricht (der Inhaber hat nach Z. 5 für Deckung zu sorgen). Wohl sichert sie im Falle nicht vorhandener Deckung de facto zugleich die Rückgriffsschuld des Ausstellers; dies geschieht aber ebenfalls auf Grund ihrer bis zum Betrage von SFr. 300.— bestehenden primären Leistungspflicht.

²⁹⁴ Bucher 434f.; Becker, Art. 112 OR N 28; Würsch 267; Hueck/Canaris 167.

²⁹⁵ Schluep, SPR VII/2, 888.

²⁹⁶ Horn, NJW 1974, 1481; Schaudwet, NJW 1968, 10; Schönle 214; Würsch 268f. Der Karteninhaber ist Stellvertreter und nicht Bote; nur eine solche Bewertung entspricht der selbständigen Stellung des Inhabers, der frei ist in der Bestimmung des Checkbetrages, des Zeitpunkts und in der Wahl des Vertragspartners; die Checkkarte ist deshalb als Mitteilung der Vollmacht gegenüber Dritten zu qualifizieren (externe Vollmacht, Art. 33 Abs. 3 OR).

²⁹⁷ Canaris, Anh. § 357 Anm. 324; Hueck/Canaris 167; Schönle 214; Schaudwet, NJW 1968, 10.

²⁹⁸ Kleiner 103.

²⁹⁹ Ähnlich Schluep, SPR VII/2, 888; Würsch 282; Kleiner, Bankgarantie, 107.

³⁰⁰ Hueck/Canaris 167; Canaris, Anh. § 357 Anm. 324.

³⁰¹ Deshalb entfallen a priori auch Bürgschaft und Schuldbeitritt, vgl. Würsch 282 und die in Fn 160 zit. Literatur.

Hält man auch nach dieser Auslegung an der Garantiekonstruktion fest, ergibt sich die eigenartige Lösung, dass die Bank verspricht, ihre eigene Leistung zu sichern ("Für den Fall, dass ich nicht freiwillig zahle, verpflichte ich mich zur Zahlung")³⁰². Ein solches Einstehen für eigenes Verhalten stellt aber keine Garantie im Rechtssinne dar³⁰³.

Die Willenserklärung der Bank entspricht viel eher der Annahme einer Anweisung, wo sich der Angewiesene verpflichtet, in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Anweisenden (Aussteller) dem Anweisungsempfänger (Nehmer) eine Leistung zukommen zu lassen (Art. 466, 468 Abs. 1 OR)³⁰⁴. Die Annahme einer Anweisung entspricht deshalb viel eher dem vorliegenden Sachverhalt, weil ihr Rechtsgrund nicht in der Sicherung einer Forderung, sondern in der Übernahme einer eigenen selbständigen Verpflichtung besteht³⁰⁵.

Entsprechend dem Wesen einer Annahme kommt das "Garantie"-Versprechen der Bank jeweils durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (Vorweisen der Checkkarte durch den Inhaber) zustande³⁰⁶. Die Annahme kann auch die Abstraktheit des Leistungsversprechens der Bank erklären³⁰⁷, welches unabhängig von Deckungs- und Valutaverhältnis ist. Demzufolge stehen der Bank auch nur in beschränktem Ausmasse Einredemöglichkeiten zu³⁰⁸.

Die Annahmeerklärung der Bank verstösst auch nicht gegen das checkrechtliche Annahmeverbot (Art. 1104 OR), da es extrakambial abgegeben³⁰⁹ und somit nicht vom Rechtsschein der Urkunde erfasst wird. Die Checkkartennummer auf der Rückseite soll bloss Voraussetzung dafür sein, dass die Verpflichtung der Bank wirksam begründet werden kann. Während der erste Nehmer sich noch vergewissern kann, dass der Karteninhaber die richtige Nummer auf seinen Check setzt, fehlt den Nachmännern diese Kontrolle; sie sind auf das Vertrauen angewiesen, welches sie ihrem Vormann entgebringen.

Diese Interessenlage wird auch der Funktion und dem Zweck der Checkkarte gerecht: diese soll den Check als vollwertiges, einmaliges Zahlungsmittel populär machen und nicht zu einem ewig umlaufenden Papier wer-

³⁰² Rehfeldt/Zöllner 136; ähnlich Schluep, SPR VII/2, 888.

³⁰³ Kleiner, Bankgarantie, 107; Avancini, öBank-A 1970, 59ff.

³⁰⁴ Vgl. auch Z. 3 Kartenreglement: "Die Bank garantiert. . . auf Rechnung des Kunden. . . einzulösen".

³⁰⁵ Kleiner, Bankgarantie, 104ff.

³⁰⁶ H.L.; vgl. Oser/Schönenberger, Art. 468 OR N 14; Becker, Art. 468 OR N 3; a.A. Gautschi, Art. 468 OR N 1 c und 2 b, der die Anweisung als Vertrag versteht; vgl. dazu auch Schluep, SPR VII/2, 889, der auf die Möglichkeit der Annahme einer Anweisung hinweist und diese Anweisung als Geschäft aliena gratia bezeichnet.

³⁰⁷ Jäggi, Art. 965 OR N 109; Kleiner, Bankgarantie, 104.

³⁰⁸ Vgl. gleich anschliessend c).

³⁰⁹ Schluep, SPR VII/2, 889; Kleiner, Bankgarantie, 107.

den lassen. Deshalb gilt auch die Kartengarantie bloss während 8 bzw. 20 Tagen (entspr. Art. 1116 OR). Ebenso bleibt die Annahmeerklärung auch bei einer Weiterbegebung grundsätzlich erhalten; jeder Nehmer gilt als ermächtigt, die Bank in ihrem Namen gegenüber seinem Nachmann zu verpflichten³¹⁰. Aus dem Kartenreglement geht nämlich unzweideutig hervor, dass sich die Bank nicht nur dem ersten Nehmer, sondern auch gegenüber den Nachmännern verpflichten will; so verspricht sie denn in Z. 3 des Kartenreglementes, "jedem nach den Grundsätzen des Checkrechts rechtmässigen Nehmer" Zahlung³¹¹. Dass ein grosser Teil der deutschen Lehre³¹² die Einlösungspflicht der Bank nur auf den ersten Nehmer beschränken will, lässt sich auf die unklare Formulierung des Kartenreglements der deutschen Kreditinstitute zurückführen; danach garantieren die Banken einfach "jedem Schecknehmer" Zahlung. Damit sei nun aber nicht schlechthin jeder Inhaber gemeint, sondern bloss diejenigen Nehmer, an welche der Aussteller einen Check gemäss den Kartenbedingungen begibt³¹³, d.h. also der erste Nehmer.

c) Übersicht über die Einreden der bezogenen Bank

Achtet der Nehmer bei der Checkbegebung darauf, dass die an ihn adressierten und auf der Rückseite der Checkkarte abgedruckten Bedingungen vom Aussteller eingehalten werden, so kann er in der Regel davon ausgehen, dass er durch die so begründete, den Check sichernde Annahmeerklärung der Bank dieser gegenüber einen unbedingten und einklagbaren Anspruch erworben hat. Der Sinn des Checkkartensystems besteht denn auch darin, den Checknehmer möglichst einem Empfänger von Bargeld gleichzustellen³¹⁴. Dementsprechend ist er auch weitgehend geschützt vor Einreden der Bank, die seinem Zahlungsanspruch entgegenstehen könnten.

aa) Unzulässige Einreden

— Grundsätzlich kann die Bank gegenüber dem Checknehmer keine Einreden vorbringen, die ihr aus dem Deckungsverhältnis gegen den Aussteller zustehen würden³¹⁵. Die Bank kann sich also nicht etwa darauf berufen, das Deckungsverhältnis sei aus irgendwelchen Gründen nichtig. Ebenso kann sie dem Nehmer während der Garantiefrist weder den Widerruf noch die Sperre eines von ihr angenommenen Checks entge-

³¹⁰ Schaudwet, NJW 1968, 10.

³¹¹ Gl.A.: Schluep, SPR VII/2, 888; Schaudwet, NJW 1968, 10ff.; Wentzel 184ff.; Zöllner, DB 1968, 559.

³¹² Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG N 5; Hueck/Canaris 170; Rehfeldt/Zöllner 136.

³¹³ Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG N 5.

³¹⁴ Wentzel 222.

³¹⁵ Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG N 8; Wentzel 222f.; OLG Nürnberg, NJW 1979, 2513f.; Schluep, SPR VII/2, 889; Wüsch 282.

gehalten. Gemäss Z. 5 des Kartenreglements darf der Aussteller einen Eurocheck denn auch erst nach Ablauf der Vorlegungsfristen widerrufen. Diese Regelung stimmt übrigens auch mit dem Anweisungsrecht (Art. 470 Abs. 2 OR) überein, wonach der Anweisende gegenüber dem Angewiesenen nur solange widerrufen kann, als jener dem Empfänger nicht seine Annahme erklärt hat. Die unbedingte Annahmeerklärung hat schliesslich den entscheidenden Vorteil, dass die Bank dem Nehmer bis zum Betrag von Fr. 300.— nicht wegen fehlender Deckung die Einlösung verweigern darf³¹⁶.

— Entsprechend dem Zweck der Checkkarte und der Abstraktheit der von der Bank eingegangenen Zahlungsverpflichtung sind ihr auch die Einreden aus dem Valutaverhältnis verwehrt³¹⁷. Entgegen dem Sinn und Zweck des Checkkartensystems wäre der Nehmer gegenüber einem Empfänger von Bargeld wesentlich schlechter gestellt, müsste er bei Schlecht- oder Nichterfüllung seiner Valutaschuld mit der Zahlungsverweigerung durch die bezogene Bank rechnen³¹⁸.

— Allein unter den besonderen Voraussetzungen des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) kann die Bank einem Nehmer auch Einreden aus dem Valuta- und dem Deckungsverhältnis entgegenhalten:

Wer also beispielsweise zur Sicherung eines Darlehens Checks entgegennimmt, kann sich der Bank gegenüber nicht auf die Kartengarantie berufen, wenn er zumindest grobfahrlässig keine Kenntnis davon hatte, dass der Aussteller im Innenverhältnis zur Bank missbräuchlich von der Karte Gebrauch machte³¹⁹. Wie in diesem Fall muss aber eindeutig eine zweckwidrige Verwendung der Checkkarte zu Kreditzwecken vorliegen. Die Begebung ungedeckter Checks allein darf dem Nehmer nicht entgegengehalten werden. Das Eurocheck-System ist gerade darum so beliebt, weil dem Nehmer keine Prüfungspflicht bezüglich der vorhandenen Deckung obliegt³²⁰.

Ähnliches gilt für das Valutaverhältnis: die Bank darf den Zahlungsanspruch des Nehmers abweisen, wenn feststeht, dass das Kausalgeschäft gesetzes- oder sittenwidrig ist³²¹.

bb) Zulässige Einreden

Der Einredeausschluss bezüglich der Grundverhältnisse folgt dem Zweck, dass der Nehmer durch die Entgegennahme des Checks eine dem Bargeld

³¹⁶ Schluep, SPR VII/2, 889; Wentzel 222; Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG N 8; Würsch 282; Canaris, Anh. § 357 Anm. 327.

³¹⁷ Schluep, SPR VII/2, 889; Würsch 282; Canaris, Anh. § 357 Anm. 328; Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG N 9; Wentzel 222ff.; OLG Nürnberg, NJW 1979, 2513f.

³¹⁸ Wentzel 223.

³¹⁹ OLG Nürnberg, NJW 1979, 2513.

³²⁰ Vgl. auch Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG N 14.

³²¹ Hueck/Canaris 168.

vergleichbare Sicherheit erhalten soll. Auf der anderen Seite muss immer berücksichtigt werden, dass die Bank nur dem “nach den Grundsätzen des Checkrechts berechtigten Inhaber” Zahlung verspricht. Nur einem solchen gegenüber kann die Bank demgemäss auch rechtsgültig ihre Annahmeerklärung abgeben. Eine Verpflichtung der Bank kann also zum vorneherein nur entstehen, wenn ihr ein im Sinne von Art. 1100 OR vollständig und formgerecht ausgestellter Check vorgelegt wird.

Im weiteren ist es auch möglich, dass die Zahlungspflicht der Bank trotz äusserlich gültigem Check nicht zur Entstehung gelangt; entsprechend der von ihr abgegebenen Garantieerklärung ist dies grundsätzlich dann der Fall, wenn kein gültiger Check begeben worden ist, ohne dass dies aus der Urkunde ersichtlich ist:

Die Bank kann auch einem gutgläubigen Nehmer die Fälschung oder Verfälschung des Checks entgegenhalten. Für das schweizerische Recht kann in dieser Frage nicht einem Teil der deutschen Lehre gefolgt werden, nach welcher auch dem gutgläubigen Nehmer eines gefälschten oder verfälschten Checks ein unbedingter Zahlungsanspruch gegenüber der Bank zusteht³²². Die betreffenden Autoren vertreten die Ansicht, massgebend könne einzig der Umstand sein, dass die Unterschriften auf dem Check und der Checkkarte übereinstimmen. Dadurch werde eine Vertrauensgrundlage geschaffen, die es rechtfertige, der Bank das Fälschungsrisiko zuzurechnen. Allein, für das schweizerische Recht vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen, da die Bank ja wie gesagt nur den “nach den Grundsätzen des Checkrechts berechtigten Inhabern” Zahlung verspricht. Eine Berechtigung im Sinne des Checkgesetzes vermag aber der Nehmer eines gefälschten oder verfälschten Checks allemal nicht zu erlangen³²³. Checkrechtlich betrachtet ist — trotz der scheinbar formellen Gültigkeit — gar nie ein gültiger Check begeben worden, was die Bank dem Nehmer mittels einer sog. nichturkundlichen Gültigkeitseinrede (d.h. eine Einrede, welche die Gültigkeit der checkrechtlichen Verpflichtung betrifft, ohne aus dem Check selbst ersichtlich zu sein)³²⁴ entgegenhalten kann. Demgemäss ist auch die von der Bank abgegebene rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung nie rechtsgültig entstanden; auch auf Grund von Art. 468 Abs. 1 OR ist sie deshalb ermächtigt, dem Nehmer die Zahlung zu verweigern³²⁵. Selbst wenn also die Ausstellerunterschrift auf Check und Checkkarte rein äusserlich übereinstimmen, reicht dies je nachdem nicht aus, um eine checkrecht-

³²² Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG N 13; Rehfeldt/Zöllner 141; OLG München WM 1975 1138f.

³²³ Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 19.

³²⁴ Rehfeldt/Zöllner 106, dessen Terminologie bezüglich der Einredeinteilung hier gefolgt wird; vgl. auch II b bb) dieses § und § 20 I 2.

³²⁵ Oser/Schönenberger, Art. 468 OR N 5.

liche- und demzufolge eine Berechtigung aus der Checkkarte zu begründen³²⁶.

Schwieriger zu beantworten ist hingegen die Frage, ob die von der Bank zu leistende Annahmeerklärung auch dann gültig zustandekommen kann, wenn der Check von einem Handlungsunfähigen ausgestellt worden ist³²⁷. Hier könnte man nämlich davon ausgehen, dass gemäss Art. 1143 Z. 3 i.V. mit Art. 997 OR ein gültiges Wertpapier zustandekommen ist, da eine einzelne ungültige Unterschrift keinen Einfluss auf die Gültigkeit der gesamten Urkunde hat. Die Folge davon wäre, dass ein gutgläubiger Nehmer durchaus "berechtigt" im Sinne von Z. 3 des Kartenreglements sein könnte, und er demzufolge die Garantieerklärung der Bank für sich "beanspruchen" dürfte. Eine solche Argumentation ginge indessen fehl: neben dem selbstverständlichen Erfordernis eines formell gültigen Checks bedarf es gleichzeitig immer einer in *rechtsgeschäftlicher* Hinsicht gültig zustandekommenen Annahmeerklärung der Bank. Nach unserer Rechtsordnung kann ein Handlungsunfähiger weder für sich selbst, noch für Drittpersonen Rechte und Pflichten begründen. Es liegt demzufolge auf der Hand, dass ein Handlungsunfähiger nicht als Stellvertreter³²⁸ die Bank gegenüber einem Checknehmer rechtsgültig verpflichten kann³²⁹. Nicht anders muss in den Fällen entschieden werden, wo der Check von einem vollmachtlosen Vertreter ausgestellt worden ist³³⁰. In all diesen Fällen kann die Bank auch gutgläubigen Nehmern die Einlösung verweigern, da ihre Annahmeverpflichtung nicht in gültiger Weise zustandekommen ist.

Die Bank kann dem Nehmer gegenüber auch einwenden, dass ihre Annahmeerklärung, ganz unabhängig davon, ob ein rechtsgültiger Check vorliegt, nicht zustandekommen oder nicht mehr verbindlich ist. Das trifft zu, wenn die 8- bzw. 20-tägige Garantiefrist abgelaufen ist, wenn das Ausstellungsdatum nicht innerhalb der Gültigkeitsdauer der Checkkarte liegt, und endlich, wenn die Unterschriften auf Check und Checkkarte nicht übereinstimmen³³¹.

Schliesslich steht der Bank auch das Recht zu, sämtliche Einreden vorzubringen, welche ihr eigenes Verhältnis zum Nehmer betreffen (sog. unmittelbare Einreden, wie z.B. die Verrechnung)³³².

³²⁶ Schaudwet, NJW 1968, 13; vgl. auch Schluep, SPR VII/2, 889; Hueck/Canaris 169f.

³²⁷ Canaris, Anh. § 357 Anm. 329.

³²⁸ Vgl. I 2 b dieses §.

³²⁹ Gl.A.: Canaris, Anh. § 357 Anm. 329; Zöllner, DB 1968, 562; Dütz, DB 1970, 191 Fn 40.

³³⁰ Canaris, Anh. § 357 Anm. 331.

³³¹ Baumbach/Hefermehl, Anh. Art. 4 SchG N 11.

³³² H.L.: Schluep, SPR VII/2, 889; Schaudwet, NJW 1968, 11; Dütz, DB 1970, 191; a.A. Wentzel 226f.

II. Vergleich des trassiert-eigenen Bankchecks mit dem Checkkartencheck

1. In wirtschaftlicher Hinsicht³³³

In wirtschaftlicher Hinsicht bestehen, zusammengefasst, folgende Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede zwischen den trassiert-eigenen Bankchecks und den garantierten Checkkartenchecks:

- Beide Checkarten werden vom Verkehr je nach Bedürfnis in gleichem Masse geschätzt, da sie praktisch wie Bargeld verwendbar sind. Die trassiert-eigenen Bankchecks wegen der erstklassigen Ausstellerunterschrift, die Eurochecks infolge der Garantieerklärung der bezogenen Bank.
- In beiden Fällen ist die Kreditwürdigkeit der verpflichteten Bank somit ausschlaggebend für die Bonität des Papiers.
- Während Eurochecks für jegliche Art von Geschäften des täglichen Lebens verwendet werden, dienen die trassiert-eigenen Bankchecks (wie die Bankchecks ganz allgemein) eher singulären Bedürfnissen: sie kommen vor allem bei höheren Geldbeträgen zum Zuge, wo die 300 Fr.-Garantie nicht mehr ausreichen würde.
- Die Banken haben ein grösseres Interesse am Eurocheckverkehr, weil dieser — im Gegensatz zum Bankcheckgeschäft — die Kundenkonti belebt und infolge der dadurch entstehenden grösseren “Bodensätze” billiges Geld schafft.

2. Rechtlicher Vergleich anhand der Zahlungspflicht der Bank

a) Entstehen der Zahlungspflicht

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, dass sowohl Eurochecks wie trassiert-eigene Bankchecks das Annahmeverbot (Art. 1104 OR) gegenstandslos machen, ohne jedoch dem Sinn und Zweck des Checkgesetzes zu widersprechen: beide eignen sich als Zahlungsmittel und sind für den Kreditgebrauch wenig geeignet.

Der Entstehungsgrund für die Zahlungspflicht der Bank ist bei den zwei Checkarten jedoch verschieden: beim trassiert-eigenen Bankcheck entsteht sie dadurch, dass die bezogene Bank in ihrer gleichzeitigen Funktion als Ausstellerin für die Einlösung des Papiers einstehen muss; obwohl sie nur auf dem Regresswege belangt werden kann, resultiert daraus de facto ein direkter Anspruch des Nehmers gegen die bezogene Bank³³⁴. Die Verpflich-

³³³ Vgl. auch § 1.

³³⁴ Vgl. § 7 I, II; um nochmals auf den Begriff der “Garantie” zurückzukommen: hier könnte man in der Tat von einer zwingenden “gesetzlichen Eigengarantie” sprechen; zahlt die Bank nicht freiwillig als Bezogene, wird sie dazu auf dem gesetzlichen Regress gezwungen.

tung der Bank ist eine unmittelbare gesetzliche Folge des Begebungsaktes, die über den Rechtsschein der Urkunde hinauswirkt; deshalb ist sie auch grundsätzlich unabhängig vom geäußerten Willen der Bank³³⁵. Die Annahmeerklärung der Bank beim Eurocheck hingegen kommt durch einseitige, rechtsgeschäftliche Willenserklärung zustande.

Während sich die bezogene Bank beim Eurocheck also rechtsgeschäftlich neben dem Papier verpflichtet, wird sie mit der Begebung eines trassiert-eigenen Bankchecks infolge einer zwingenden gesetzlichen Folge aus dem Papier verpflichtet.

b) Einredemöglichkeiten der verpflichteten Bank

aa) Unzulässige Einreden

Eine besondere Eigenart der trassiert-eigenen Bankchecks besteht darin, dass bei ihnen das typisch checkrechtliche Dreiecksverhältnis nur der Form nach besteht³³⁶. Von Valuta- und Deckungsverhältnis im anweisungs- bzw. checkrechtlichen Sinne kann hier denn auch gar nicht die Rede sein: checkrechtlich stehen sich nur die Bank in ihrer Doppelfunktion und der jeweilige Nehmer des Checks gegenüber. Infolge der personellen Identität von Aussteller und Bezogenem sind also Einreden aus einem Deckungsverhältnis ausgeschlossen. Auch die Einrede fehlender eigener Deckung hat hier juristisch keinen Sinn, da die Bank dann infolge ihrer zwingenden gesetzlichen Einstandspflicht auf dem kostspieligeren Regressweg für den Checkbetrag aufkommen muss. Aus demselben Grunde muss der berechtigte Nehmer — gleich wie beim Eurocheck — keinen vorzeitigen Checkwiderruf befürchten, da er dann einfach mittels Protest auf die Bank zurückgreifen könnte.

Bezüglich der vorhandenen Deckung sind sich die Nehmer (beim Eurocheck zwar nur bis zum Betrage von Fr. 300.—) beider Checkarten im Ergebnis gleichgestellt: da die Bank in beiden Fällen mit ihrem gesamten Geschäftsvolumen für die Checkeinlösung eintreten muss, ist letztlich nur ihre Kreditwürdigkeit entscheidend für die Bonität des Papiers. Das Valutaverhältnis weist beim trassiert-eigenen Bankcheck die Besonderheit auf, dass es — infolge der Doppelfunktion der Bank — gleichzeitig auch den Bezogenen unmittelbar mit dem ersten Nehmer verbindet; somit muss sich letzterer je nachdem persönliche Einreden (z.B. die Verrechnung) gefallen lassen.

Genaugleich wie beim Eurocheck sind diese unmittelbaren Einreden eher zufälliger Natur und stehen nicht in einem direkten Zusammenhang mit dem checkrechtlichen Verhältnis. Sie hängen vielmehr davon ab, ob

³³⁵ Vgl. § 713 c.

³³⁶ Vgl. § 713 b.

der Nehmer selbst mit der Bank in irgendeinem vertraglichen Verhältnis steht; dies muss aber keineswegs der Fall sein.

Wird der trassiert-eigene Bankcheck vom Besteller erworben und dem ersten Nehmer in Zahlung gegeben — was der häufigste Fall ist —, so besteht wirtschaftlich betrachtet ein “Valutaverhältnis” zwischen diesen beiden Beteiligten: gleich wie der Aussteller eines Kundenchecks gibt der Besteller den trassiert-eigenen Bankcheck seinem Gläubiger in Zahlung. Es versteht sich von selbst, dass bereits dem ersten Nehmer gegenüber sämtliche Einreden aus diesem Grundverhältnis abgeschnitten sind. Die Bank kann dem Nehmer eines trassiert-eigenen Bankchecks also nicht etwa entgegenhalten, er habe seine Verpflichtung aus dem Grundverhältnis gegenüber dem Besteller überhaupt nicht oder schlecht erfüllt. Dieses Verhältnis hat eine rein interne Bedeutung und wird vom Rechtsschein der Urkunde nicht erfasst; demgemäss ist es auch keiner der am checkrechtlichen Verhältnis beteiligten Personen zurechenbar.

Aus denselben Gründen kann die Bank auch keinem Nehmer einredeweise Mängel des zwischen ihr und dem Besteller abgeschlossenen Vertrages, welcher u.a. den Checkerwerb und die Checkbegebung zum Gegenstand hat³³⁷, entgegenhalten.

Auch dieses Verhältnis (der Bankcheckausstellungsvertrag) hat eine rein interne Bedeutung und wird nicht vom Rechtsschein der Urkunde erfasst. Eine Besonderheit besteht hier darin, dass die Bank selbst dann unbedingt zur Checkeinklösung verpflichtet bleibt, wenn der Besteller im Zeitpunkt des Erwerbs handlungsunfähig war oder den Check unter unmittelbarem Zwang oder Drohung erwarb: Eine Verpflichtung der Bank kann beim Eurocheck unter ähnlichen Umständen³³⁸ überhaupt nicht rechtsgültig entstehen, da sie sich grundsätzlich nicht durch einen Handlungsunfähigen verpflichten lassen kann.

Im vorliegenden Fall ist es aber die Bank selbst, die sich extern auf dem Check verpflichtet; der von ihr so veranlasste Rechtsschein ist ihr zurechenbar, sobald das Papier in die Hände des ersten Nehmers gelangt ist. Diese Nichtigkeit der gegenüber dem Besteller erfolgten Checkbegebung wird geheilt, sobald der gutgläubige erste Nehmer vom Check den Besitz ergreift.

In dem soeben erwähnten, wie auch in den vorstehend aufgeführten Fällen setzt aber das rechtsmissbräuchliche Verhalten dem Einredeausschluss der Bank — genau gleich wie beim Eurocheck — eine Grenze: unter den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 2 ZGB (beim trassiert-eigenen Bankcheck zudem von Art. 1007 OR³³⁹) kann die Bank einem bösgläubigen Nehmer auch Mängel aus den Grundverhältnissen entgegenhalten.

³³⁷ Vgl. § 8 III 2.

³³⁸ Vgl. I 2 c bb) dieses §.

³³⁹ Vgl. auch hinten, § 20 I 2 b.

bb) Zulässige Einreden

Unter I. wurde festgehalten, dass beim Eurocheck die von der Bank abgegebene unbedingte Annahmeerklärung infolge ihrer Abstraktheit einen weitgehenden Einrededausschluss zur Folge hat. Eine Einredemöglichkeit will sie sich immerhin in denjenigen Fällen vorbehalten, wo der Checknehmer nach den Grundsätzen des Checkrechts keine Berechtigung erlangen konnte. Während hier also die Gültigkeit des Checks gewissermassen konstitutiv ist für die rechtsgeschäftliche Zahlungspflicht und damit verbunden für die Einredemöglichkeiten der Bank, kommt beim trassiert-eigenen Bankcheck Art. 1143 Z. 5 i.V. mit Art. 1007 OR zum Zuge, wonach sämtliche Einreden zulässig sind, welche die Ungültigkeit der checkrechtlichen Verpflichtung zum Gegenstand haben³⁴⁰. Der Einteilung Rehfeldt/Zöllners³⁴¹ folgend lassen sich diese Einreden zur Hauptsache in solche urkundlicher und solche nichturkundlicher Art gliedern. Erstere ergeben sich aus dem Inhalt der Urkunde und wirken absolut, weil sie gegenüber jedem Nehmer der Urkunde geltend gemacht werden können. Als Beispiel seien hier erwähnt die Einrede des Formmangels gemäss Art. 1100 OR, die Einrede der Verjährung (Art. 1134 OR) und die Einrede der fehlenden formellen Legitimation nach Art. 1110 OR³⁴².

Die sog. nichturkundlichen Gültigkeitseinreden betreffen die Gültigkeit einer checkrechtlichen Verpflichtung, ohne selbst aus dem Check ersichtlich zu sein³⁴³. Sie sind dann absolut und demgemäss gegenüber jedermann durchsetzbar, wenn es bei der Weiterbegehung des Checks an einem dem Verpflichteten zurechenbaren Rechtsschein fehlt³⁴⁴. In diesem Sinne absolut wirken die Einrede der Fälschung und Verfälschung, die Einrede der vollmachtlosen Vertretung, die Einrede der Handlungsunfähigkeit und schliesslich jene des körperlichen Zwanges und der Drohung³⁴⁵. In allen übrigen Fällen greift der sog. Grundsatz der "Haftung für Rechtsscheinveranlassung"³⁴⁶ durch, wonach nur noch demjenigen, der bewusst zum Nachteil des Verpflichteten gehandelt hat (Art. 1007 OR) eine solche Einrede entgegengehalten werden kann (sog. redlichkeitsunbeständige Einreden, wie z.B. bei Fehlen eines Begebungsvertrages infolge Diebstahls des Checks, oder Anfechtbarkeit des Begebungsvertrages wegen Willensmängeln i.S. von Art. 23 ff. OR)³⁴⁷.

Ein Vergleich dieser Einredemöglichkeiten mit der vorstehenden Darstellung zum Eurocheck zeigt, dass Unterschiede nur hinsichtlich des Ent-

³⁴⁰ Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 10ff.

³⁴¹ S. 105ff.

³⁴² Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 11ff.

³⁴³ Vgl. auch § 20 I 2 a.

³⁴⁴ Rehfeldt/Zöllner 107.

³⁴⁵ Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 20f. und 25ff.; Rehfeldt/Zöllner 107.

³⁴⁶ Rehfeldt/Zöllner 108.

³⁴⁷ Vgl. § 20 I b.

stehungsgrundes bestehen: Beim trassiert-eigenen Bankcheck ist die Ungültigkeit der checkrechtlichen Verpflichtung unmittelbare Causa der jeweiligen Einreden; beim garantierten Eurocheck hingegen ist sie, wenn man so will mittelbare Causa, da sie vorerst nur das Entstehen einer verbindlichen Annahmeerklärung der Bank verhindert. Die Einreden selbst stützen sich demgemäss nicht wie beim trassiert-eigenen Bankcheck auf die fehlende checkrechtliche Verpflichtung, sondern auf Mängel der rechtsgeschäftlichen Annahmeerklärung. Vom Ergebnis her besteht jedoch überhaupt kein Unterschied, da die Einredesituationen in tatbeständlicher Hinsicht übereinstimmen.

c) Ergebnis

Der rechtliche Vergleich hat gezeigt, dass die Zahlungspflicht der Bank bei den beiden Checkarten von verschiedener Natur ist: beim trassiert-eigenen Bankcheck beruht sie auf einer zwingenden gesetzlichen Einstandspflicht, während sie beim garantierten Eurocheck durch eine rechtsgeschäftliche Annahmeerklärung der Bank entsteht. Entsprechend dieser unterschiedlichen Rechtsnatur entstehen die Einredemöglichkeiten der Bank im ersten Fall direkt aus dem Papier, während sie im zweiten Fall der rechtsgeschäftlichen Zahlungspflicht entgegenstehen. Auf die rechtliche Stellung des Nehmers hat diese Unterschiedlichkeit jedoch keinen Einfluss. Zumindest während der Vorlegungs- bzw. der Garantiefrist ist der redliche Nehmer vor Einreden in gleichem Masse geschützt und ist einem Empfänger von Bargeld quasi gleichgestellt. Infolge dieser umfassenden rechtlichen Sicherung ist bei beiden Checkarten letztlich die Kreditwürdigkeit der verpflichteten Bank für die Bonität des Papiers entscheidend.

Zweiter Teil

Analyse des Rechtsverhältnisses zwischen dem Besteller und der Bank (Bankcheckausstellungsvertrag)

§ 12 Einleitung

Häufig erwerben Kunden bei einer Bank Bankchecks und lassen diese an die Order einer Drittperson, häufig ihr Gläubiger, ausstellen.

Dieser Sachverhalt¹ weist die Besonderheit auf, dass der Check nicht vom Aussteller, sondern von einer Person (dem Besteller) finanziert wird, welche selbst nicht auf der Urkunde erwähnt ist. Es ist nicht verwunderlich, dass mit dieser Art des Bankcheckverfahrens gewisse juristische Probleme verbunden sind; der Besteller vertritt nämlich in wirtschaftlicher Hinsicht genau dieselben Interessen, welche normalerweise ein Aussteller hat: er gibt den Check in Zahlung, er hat (zwar nur im internen Verhältnis) für die Deckung gesorgt. Checkrechtlich jedoch kann er überhaupt keinen Einfluss auf das Schicksal der Urkunde nehmen, da ja die Bank als Ausstellerin auftritt. Der Besteller kann also bei Verlust oder Diebstahl nicht selbst den Check sperren, sondern muss dies über den Umweg der Bank tun. Es kann aber auch vorkommen, dass die Bank aus irgendeinem Grund von sich aus den Check nicht einlöst; dann stellt sich die Frage, wer die Rückgriffskosten zu tragen hat. All diese Probleme sollen Grundlage für die folgende Untersuchung sein. Es wird also darum gehen, zu analysieren, was für ein Vertrag zwischen der ausstellenden Bank und dem Besteller eines zugunsten einer Drittperson lautenden Orderchecks besteht, und welches dabei die Rechte und Pflichten der Parteien sind.

Dieser Vertrag wird hier Bankcheckausstellungsvertrag genannt, da der Ausstellungsakt die charakteristische Leistung darstellt und den Vertrag vom bereits benannten *Checkvertrag* des Kundencheckverkehrs unterscheidet. Der Gläubiger der Bank wird *Besteller* genannt, da — wie im folgenden zu zeigen ist — der Bankcheckausstellungsvertrag seinem Wesen nach dem Werkvertrag am nächsten steht; zudem wird durch diese Bezeichnung eine begriffliche Verwechslung mit anderen Beteiligten (vor allem dem Checknehmer) vermieden.

¹ Vgl. auch § 2 IV 1.

1. Kapitel

Faktische Grundlagen

§ 13

Die Verpflichtung der Bank besteht darin, einen Check auszustellen und für dessen Einlösung besorgt zu sein. Die Erfüllung selbst vollzieht sich chronologisch in drei Phasen:

1. Die formgerechte Schaffung der Urkunde (Art. 1100 OR), d.h. also der Ausstellungsakt.
2. Die Begebung des Checks und schliesslich
3. die Einlösung des Checks.

Die Begebung der Bankchecks kann auf zwei verschiedene Arten erfolgen²: entweder die Bank übergibt den Check dem Besteller, oder sie sendet ihn direkt dem ersten Nehmer zu.

Bei der Checkeinlösung sind zwei Möglichkeiten denkbar: entweder der erste Nehmer oder einer seiner Nachmänner ist Einreicher, oder — was häufig der Fall ist — eine Inkassobank legt den Check zur Einlösung vor.

Die Leistung des Bestellers auf der anderen Seite kann in einer Barzahlung bestehen; man spricht dann in Bankkreisen von einem "Barkauf".

Ist der Besteller Kunde der Bank, so erfolgt seine Leistung in der Regel buchungsmässig, durch Belastung seines Kontos.

² Vgl. § 2 IV.

2. Kapitel

Die Rechtsnatur des Bankcheckausstellungsvertrages

§ 14 Einleitende Bemerkungen

In der Literatur fehlen Abhandlungen über den Bankcheckausstellungsvertrag. Auch die Rechtsprechung hatte sich kaum mit diesem Rechtsverhältnis zu befassen; lediglich aus dem Jahre 1931 (!) ist dem Verfasser ein Urteil des Bernischen Handelsgerichts³ bekannt, welches den Vertrag zwischen dem Besteller und der ausstellenden Bank als Auftrag qualifizierte. In der Bankpraxis jedoch wird mehrheitlich angenommen, es handle sich hier um den Kauf eines Wertpapiers⁴.

Bei der Ermittlung der Rechtsnatur eines Vertrages muss man sich vorab die Frage stellen, wie die gesetzlich geregelten Verträge zu verstehen seien: als Legaldefinitionen oder als Typenbeschreibungen? In dieser Arbeit wird der von der Lehre⁵ mehr und mehr anerkannten typologischen Konzeption für die Bestimmung der Legalumschreibungen der Vorzug gegeben. Während im Kaufs- oder Mietrecht z.B. die Verträge bereits begrifflich relativ klar definiert sind⁶, bereitet bei den Arbeitsleistungsverträgen eine Begriffsbestimmung grössere Schwierigkeiten⁷: erst eine Befragung des Leitbildes, des Normzweckes und der dahinter stehenden Rechtsgedanken des Typus⁸ ermöglichen es, eine Auslegung der einzelnen Normen vorzunehmen.

³ HG BE ZBJV 1932, 286ff.

⁴ So offenbar auch von Albisetti/Bodmer 77, wo zwar keine ausdrückliche Qualifikation vorgenommen wird, jedoch vom *Verkauf* der Bankchecks an die Kunden die Rede ist.

⁵ Vgl. dazu näher Schluep, SPR VII/2, 790ff.; ferner Gessler 66, 80ff.; Larenz 197ff., 287ff., 443ff.; Leenen 25ff. Nach Larenz 447 geht das typologische Verfahren davon aus, dass die Legaldefinition nicht als begrifflich vordefinierte Regeln zu verstehen sind, "unter die man im syllogistischen Schlussverfahren einfach subsumieren könnte", sondern "bewegliche Massstäbe, die aus dem als "typisch" erkannten Verhalten erschlossen und in ihrer Anwendung auf den zu beurteilenden Fall immer erneut konkretisiert werden müssen".

⁶ Übergabe des "Kaufgegenstandes" (Art. 184 OR), "Gebrauch der Sache" (Art. 253 OR). Die begriffliche Bestimmtheit geht jedoch auch hier nur soweit, als keine Mischtypen vorliegen, wie beim Mietkauf oder Leasing, vgl. Larenz 288.

⁷ Leenen 147; Larenz 288.

⁸ Larenz 448.

Der Verfasser ist sich indessen bewusst, dass sich, wie Schluep⁹ dargelegt hat, die klassenlogische und die typologische Konzeption in der Praxis annähern: im Bereich des Vertragsrechts ist die typologische Denkweise aber immerhin von höherem theoretischem Erklärungswert, "didaktisch fruchtbarer"¹⁰ und deshalb grundsätzlich vorzuziehen.

§ 15 Begriff des Bankcheckausstellungsvertrages

I. Der Vertragsinhalt

Die Ermittlung von Begriff und Rechtsnatur eines Vertrages setzt voraus, dass die von den Parteien vereinbarten Leistungen bekannt sind, welche den Vertrag charakterisieren.

Beim Bankcheckausstellungsvertrag besteht diesbezüglich eine gewisse Schwierigkeit, weil die Parteien im Augenblick des Vertragsabschlusses in der Regel keine besonderen Vereinbarungen über den Vertragsinhalt treffen. Sowohl beim "Barkauf" wie auch beim schriftlichen "Zahlungsauftrag" verlangt der Besteller von der Bank einfach die Ausstellung eines Checks gegen sein Entgelt. Ob jedoch noch weitere Verpflichtungen für die Bank aus diesem Vertrag resultieren, ergibt sich nicht unmittelbar aus den Verhandlungen der Parteien. Im Gegensatz zu anderen Bankgeschäften, z.B. dem Eurocheck-Geschäft, wird bei Vertragsabschluss auch nicht Bezug auf besondere AGB der Bank genommen.

Da nun aber nicht bloss das ausdrücklich Vereinbarte massgebend sein darf für die Bestimmung eines Vertragsinhaltes¹¹, muss durch Auslegung ermittelt werden, mit welchem Inhalt die Parteien jeweils einen Bankcheckausstellungsvertrag abzuschliessen pflegen.

Bei der Auslegung von Verträgen (sowohl bezüglich der Ermittlung des Konsens wie auch des Vertragsinhaltes) gilt in der schweizerischen Privatrechtsordnung der Grundsatz der Vertrauens Theorie¹². Demgemäss hat eine

⁹ Schluep, SPR VII/2, 810ff.

¹⁰ Schluep, SPR VII/2, 812, mit weiteren Hinweisen (Fn 169).

¹¹ Bucher 152.

¹² Vgl. Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip, 120f.; Schönenberger/Jäggi, Art. I OR N 188; Bucher 104; von Tuhr/Peter 287; Guhl 91; BGE 69 II 322; BGE 99 II 282.

Willenserklärung denjenigen Sinn, welchen die Gegenpartei nach Treu und Glauben "in Würdigung aller Umstände und Besonderheiten ihr beimessen durfte und musste"¹³.

Da sich im vorliegenden Fall die Willensäußerungen auf ein Minimum beschränken, werden die bei Vertragsabschluss "erkennbaren Umstände" bedeutungsvoll. Dabei muss in erster Linie der dem Vertrag objektiv zugrunde liegende Zweck¹⁴ berücksichtigt werden. Dadurch kann man unschwer den Umfang der Leistungspflicht der Bank eruieren: es ist für beide Parteien erkennbar, dass der Besteller den Checkbetrag in der Erwartung vorleistet, dass die Bank den Check nicht nur ausstellt, sondern und vor allem an den berechtigten Nehmer einlöst. Nur unter diesen Voraussetzungen hat der Bankcheckausstellungsvertrag einen Sinn. Indem der Kunde (Besteller) eine Bank mit der Checkausstellung betraut und je nachdem eine hohe Checksumme leistet, bringt er ihr auch ein gewisses Vertrauen entgegen, dass sie sorgfältig und pflichtgemäss damit umgeht; das tut sie eben durch eine ordnungsgemässe Einlösung des Checks. Entscheidend für den Inhalt dieses Vertrages ist weiter, dass das vom Besteller eingezahlte Guthaben gleichsam zweckgebunden mit dem Bankcheck verbunden ist. Ausserdem muss berücksichtigt werden, dass — zumindest während der Vorlegungsfrist — ein Checkwiderruf durch die Bank ausgeschlossen ist, da diese sich im externen, checkrechtlichen Verhältnis in einer zwingenden gesetzlichen Einstandspflicht befindet. Auf Grund dieser Gegebenheiten verliert der Besteller mit der Weiterbegebung des Checks praktisch jede Verfügungsmöglichkeit über den von ihm finanzierten Check.

Würde man davon ausgehen, dass die Bank den Vertrag bereits mit dem Akt der Ausstellung erfüllt hat, wäre der Besteller z.B. machtlos gegenüber einer grobfahrlässigen Checkeinlösung an einen nichtberechtigten Nehmer; würde er von seinem Gläubiger infolge Nichteinlösung des Checks wieder aus dem Grundverhältnis belangt, so könnte er sich seinerseits nicht mehr bei der Bank schadlos halten¹⁵.

Der Bankcheckausstellungsvertrag wird zusammenfassend durch folgende *essentialia negotii* gekennzeichnet:

- Ausstellung eines trassiert-eigenen Bankchecks durch die Bank
- Einlösung des Checks durch die Bank
- Vergütung durch den Besteller.

Die Checkbegebung stellt eine unselbständige Nebenabrede dar, welche vom Bankcheckausstellungsvertrag miterfasst wird. Ihre Eigenart wurde

¹³ Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip, 25.

¹⁴ Bucher 153.

¹⁵ Beim Bankcheck, der auf eine Drittbank gezogen ist, haftet die ausstellende Bank dafür, dass die bezogene Korrespondenzbank den Check einlöst. Vgl. Albisetti/Bodmer 78; Stauffer/Emch 251.

bereits weiter vorne behandelt¹⁶, weshalb auf die betreffende Stelle verwiesen wird.

II. Analyse der vertraglich vereinbarten Leistungen

1. Der Bankcheckausstellungsvertrag als wesentlich zweiseitiger Vertrag

Durch den Bankcheckausstellungsvertrag werden beide Parteien zu einer Leistung verpflichtet, womit sie gegenseitig sowohl Schuldner wie auch Gläubiger voneinander sind. Es liegt also ein zweiseitiger Schuldvertrag vor, und zwar ist er wesentlich zweiseitig, da die von den Parteien zu erbringenden Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen¹⁷: die Bank will ihren Verpflichtungen nicht nur gegen die Entrichtung eines Aufwendersatzes entsprechen (Checkbetrag, allfällige Nebenkosten wie eingeschriebener Versand), sondern sie verlangt immer auch die Entrichtung einer Einheitsgebühr, welche ein bescheidenes Entgelt für ihren Arbeitsaufwand darstellt.

2. Analyse der vertraglich vereinbarten Leistungen im einzelnen

Die für den Bankcheckausstellungsvertrag charakteristische Leistung wird durch die Bank erbracht. Zweck dieser Leistung ist letztlich die Auszahlung der Checksumme an einen rechtmässigen Nehmer. Die Leistung der Bank kann nicht gesamthaft, sondern nur nach ihren einzelnen Phasen¹⁸ beurteilt werden.

In der ersten Phase stellt die Bank den Check aus. Das Vorgehen ist dabei durch zwingendes Gesetzesrecht vorgegeben. Der vom Besteller verlangte Check muss den Formerfordernissen des Art. 1100 OR genügen. Die Bank hat also bei der Erfüllung dieser Pflicht überhaupt keinen Spielraum.

Auch in der zweiten Phase muss die Bank einen genau definierten Erfolg bewirken: die Einlösung des Checks an den rechtmässigen Nehmer. Während die Checkausstellung ein körperliches Ergebnis von einer gewissen Dauerhaftigkeit darstellt (bis zur Präsentierung des Papieres), verspricht die Bank mit der Checkeinlösung zwar auch einen gewissen Erfolg; dieser beschränkt sich jedoch auf den Moment der Auszahlung oder der Gut-

¹⁶ Vgl. § 8 III.

¹⁷ Vgl. von Tuhr/Peter 149; Bucher 87f.

¹⁸ Vgl. § 13.

schrift. Dieser Erfolg ist also punktuell und zeitigt — nicht wie die Checkausstellung — kein darüber hinausgehendes messbares Ergebnis.

Die beiden Elemente der Vertragsleistung lassen sich noch auf andere Weise unterscheiden: die Checkausstellung und die darauf folgende Begebung stellen eine persönliche Leistung der Bank dar; die Bank verspricht dem Besteller, den Check entweder ihm persönlich, oder direkt dem ersten Nehmer zu übergeben. Mit der Checkeinlösung hingegen will die Bank nicht an eine bestimmte Person leisten, sondern einen Check honorieren¹⁹, welcher gänzlich abstrakt ist; das wird am deutlichsten bei der theoretisch möglichen, praktisch natürlich sinnlosen Einlösung eines trassiert-eigenen Bankchecks an die eigene Order des Ausstellers. Diese Unpersönlichkeit der Checkeinlösung unterliegt noch einem weiteren Aspekt: daraus, dass die Bank im Vertrauen auf den Rechtsschein, also gutgläubig, einen Inhaber- oder Ordercheck²⁰ auch an einen nichtberechtigten Nehmer mit befreiender Wirkung einlösen kann (Art. 1121 OR), darf nicht gefolgert werden, die Bank verspreche keinen bestimmten Erfolg, sondern bloss ein sorgfältiges Tätigwerden: die Checkeinlösung stellt einen besonderen Erfolg dar, welcher durch das Checkrecht definiert ist. Er ist dann erreicht, wenn die Bank gutgläubig einen formell gültigen Check eingelöst hat²¹.

III. Definition des Bankcheckausstellungsvertrages

Durch den Bankcheckausstellungsvertrag verpflichtet sich die Bank zur Ausstellung und Einlösung eines Bankchecks, der Besteller hat dafür eine entsprechende Vergütung zu leisten. Diese Definition ist zwar axiomatisch, ergibt sich jedoch zweifelsfrei aus den regelmässig wiederkehrenden äusseren Umständen bei Vertragsabschluss und aus dem jedem dieser Verträge immanenten Zweck.

¹⁹ Habicht 18; § 9 II 1 c.

²⁰ Beim Namenpapier freilich muss die Identität des Nehmers feststehen: formelle und materielle Berechtigung haben übereinzustimmen.

²¹ Vgl. auch § 23 III 2 c, IV 2 a.

§ 16 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Kauf

I. Definition und Analyse des Kaufvertrags

1. Definition

Art. 184 OR definiert den Kauf als Vertrag, durch den sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu zahlen.

2. Analyse

Der Kauf ist der Prototyp des synallagmatischen Vertrags, weil er den Austausch zweier Leistungen zum Gegenstand hat. Die charakteristische Leistung wird vom Verkäufer erbracht, der gegen Bezahlung eines Preises zur Übergabe der Sache an den Käufer und zur Verschaffung des Eigentums daran verpflichtet ist²².

Was Gegenstand eines Kaufs sein kann, wurde vom Gesetzgeber zu wenig genau umschrieben. Das trifft vor allem für den Fahrniskauf zu, worunter jeder Kauf zu verstehen ist, "der nicht eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht zum Gegenstand hat" (Art. 187 Abs. 2 OR). Positiv umschrieben fallen unter den Begriff des Fahrniskaufs nicht nur die körperlichen Sachen und Naturkräfte (Art. 713 ZGB), sondern auch Rechte²³, worunter ebenfalls das in einem Wertpapier verbriefte Recht fällt. Dadurch, dass das Recht in einer Urkunde verbrieft ist, weist die Veräusserung eines Wertpapiers Sach- und Rechtskaufnatur auf²⁴.

II. Vergleich mit dem Kaufvertrag

Beurteilt man den Erwerb eines trassiert-eigenen Bankchecks nach dem äusseren Vorgang, liegt der Schluss nahe, einen Kaufvertrag anzunehmen:

²² Giger, Art. 184 OR N 10.

²³ Giger, Art. 187 OR N 23f.

²⁴ Giger, Art. 187 OR N 28.

Als Wertpapier eignet sich der trassiert-eigene Bankcheck dazu, Gegenstand eines Kaufs zu sein. Ein Beispiel dafür findet sich bei der Diskontierung von Wechseln und Checks, welche nach heute herrschender Lehre einen Kaufvertrag darstellt²⁵. Der Nehmer übergibt einer Bank den Check oder Wechsel zu Eigentum und erhält als Kaufpreis die Check- bzw. Wechselsumme abzüglich eines Zwischenzinses, des Diskonts.

Der Bankcheckausstellungsvertrag indessen unterscheidet sich von einem Diskontgeschäft dadurch, dass der Besteller nicht wie die Diskontbank aus dem Papier berechtigt wird, weil es ja lautend auf den Namen einer Drittperson ausgestellt ist. Er erlangt also durch den Erwerb bloss eine Berechtigung am Papier, nicht aber aus dem Papier. Das verbriefte Recht kann ja erst dann entstehen, wenn die Urkunde in den Besitz des ersten Nehmers gelangt²⁶.

Aus diesem Grunde hat Käser²⁷ für die ähnliche Emission von Reisechecks die Konstruktion des Kaufs abgelehnt: abgesehen von der Papiermaterie fehle es an einem Kaufgegenstand, bevor der Reisecheck an einen Dritten gegeben werde. Erst zu diesem Zeitpunkt entstehe eine checkrechtliche Forderung, welche Gegenstand eines Kaufs sein könne.

Diese Argumentation vermag indessen nicht voll zu überzeugen:

Der Besteller erwirbt zwar kein verbrieftes Recht; die Urkunde stellt jedoch für ihn faktisch einen Vermögenswert dar²⁸, welcher dem von ihm einbezahlten Betrag wertmässig entspricht²⁹. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum die Urkunde nicht auf Grund dieses tatsächlichen Wertes als Kaufgegenstand betrachtet werden darf. Diese Beurteilung stimmt auch überein mit herrschender Lehre und Rechtsprechung, wonach die Einräumung eines faktischen (nicht rechtlichen) Vorteils Gegenstand eines Kaufs sein kann³⁰.

Die Veräusserung eines Wertpapiers enthält nicht bloss Elemente eines Rechts-, sondern auch solche eines Sachkaufs³¹, da die Urkunde als körperliche Sache übertragen wird. Man könnte also den Erwerb eines trassiert-eigenen Bankchecks als Kauf qualifizieren, weil der Besteller Eigentum an der Urkunde und an dem damit für ihn verbundenen faktischen Vermögenswert erlangt.

Trassiert-eigene Bankchecks können also, auch wenn sie zugunsten einer Drittperson ausgestellt sind, durchaus Kaufobjekte sein. Dennoch scheitert die Annahme, dass zwischen dem Besteller und der Bank ein Kaufver-

²⁵ Z.B. Schönle 196.

²⁶ Vgl. § 8 III 2.

²⁷ In ZKW 1962, 399.

²⁸ Vgl. § 8 III 2.

²⁹ Vgl. für den Reisecheck Heinichen 86.

³⁰ Giger, Art. 184 OR N 23 mit weiteren Hinweisen; BGE 93 II 453 E 4.

³¹ Vgl. Giger, Art. 187 OR N 28.

trag besteht: es wurde bei der Bestimmung des Vertragsinhalts³² festgestellt, dass dem von den Parteien der Vereinbarung zugrundeliegenden Zweck eine besondere Bedeutung zukommt. Im vorliegenden Fall bezweckt der übereinstimmende Wille der Parteien in erster Linie die Checkausstellung und die damit verbundene Auszahlung des Checkbetrages an den Nehmer. Die Pflicht der Bank bleibt also unverändert, ob sie den Check dem Besteller übergibt, oder den Versand an den ersten Nehmer selbst besorgt. Mit dem Bankcheckausstellungsvertrag bezwecken die Parteien also nicht in erster Linie den Papiererwerb durch den Besteller. Ein solcher Erwerb wird mit dem ausschliesslichen Ziel vollzogen, den Check dem Nehmer zu übergeben, damit dieser anschliessend bei der Bank die Einlösung vornehmen kann. Bei einem Kaufvertrag hingegen wäre gerade der Umtausch, die Übergabe des Gegenstandes Zweck der Vereinbarung³³.

III. Ergebnis

Obwohl der trassiert-eigene Bankcheck gegen Zahlung einer Geldsumme erworben wird, besteht zwischen dem Besteller und der Bank kein Kaufvertrag. Charakteristisch für den Bankcheckausstellungsvertrag ist nicht die Traditio der Urkunde, sondern die Ausstellung und die damit verbundene Auszahlung des Checkbetrags an den Nehmer.

³² § 15 I.

³³ Aus ähnlichen Gründen wird übrigens auch beim Emissionsvertrag die Kaufvertragstheorie abgelehnt. Vgl. Schürmann 52 ff.

§ 17 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Arbeitsleistungsvertrag

I. Einleitung

Da für den Bankcheckausstellungsvertrag nicht die Traditio der Urkunde an den Besteller, sondern der Ausstellungsakt und die Checkeinlösung charakteristisch sind, muss eine rechtliche Qualifizierung im Bereich der Arbeitsleistungsverträge gefunden werden.

Die Pflicht zur Checkeinlösung entspricht der Checkeinlösungspflicht der bezogenen Bank aus einem Kundencheckvertrag. Bezüglich dieser Leistungspflicht kann sich die vorliegende Analyse darum auf die Literatur und Rechtsprechung zum gewöhnlichen Checkvertrag abstützen.

II. Rechtsprechung und Literatur zur Rechtsnatur des Kundencheckvertrags

1. Rechtsprechung

Die checkrechtliche Rechtsprechung ist in der Schweiz äusserst rar³⁴. Während der Checkvertrag früher als "eigenartiger Vertrag des modernen Rechts", als "contractus sui generis"³⁵ qualifiziert wurde, vertrat das Bundesgericht später³⁶ die Ansicht, es liege ein Auftrag vor. Begründet wurde diese Qualifizierung mit Art. 394 Abs. 2 OR, welcher keine Innominatverträge im Bereich der Arbeitsleistungsverträge zulasse. Es ist anzunehmen, dass das Bundesgericht auch heute noch so urteilen würde, da es nach wie vor am *numerus clausus* der Arbeitsleistungsverträge festhält³⁷.

In dem einzigen, dem Verfasser bekannten Gerichtsurteil, welches sich mit dem Bankcheckausstellungsvertrag auseinandersetzte³⁸, wurde dieser als Auftrag qualifiziert: Die Bank verpflichte sich erstens, einen Check auszustellen und zweitens habe sie dafür zu sorgen, "dass dieser Check bei Vorweisung durch den Berechtigten von der Zweigniederlassung . . . eingelöst werde"³⁹.

³⁴ Vgl. BGE 41 II 487; Cour de justice civile de Genève Semjud 1935 545, 1972 33, 1977 44; BGE 24 II 590, 51 II 183; HG BE ZBJV 1932, 286ff.

³⁵ BGE 24 II 589.

³⁶ BGE 51 II 183.

³⁷ Zuletzt in BGE 104 II 110f.

³⁸ HG BE ZBJV 1932, 286ff.

³⁹ S. 288.

2. Lehre

Der Checkvertrag wurde von der schweizerischen Lehre während längerer Zeit als Auftrag qualifiziert⁴⁰. Begründet wurde diese These mit der früher noch herrschenden Auffassung, die Anweisung stelle einen Doppelauftrag dar⁴¹. Andererseits berief man sich auf das Bundesgericht⁴², welches das Auftragsrecht schon wegen des *numerus clausus* im Bereich der Arbeitsleistungsverträge angewendet haben will. Vieli⁴³ scheint keine Selbständigkeit des Checkvertrages anzunehmen, indem er von einer generellen Vereinbarung zwischen Kunde und Bank spricht, wonach letztere Zahlungen des Kunden immer dann vorzunehmen hat, "wenn ihr ein bestimmtes Legitimationsmittel, ein Check, vorgelegt wird".

Für all die zitierten Autoren scheint die Qualifizierung als Auftrag selbstverständlich zu sein, wobei sich aber keiner mit der Frage auseinandersetzt, ob die Leistungspflicht der Bank, die Checkeinklösung, wirklich einer Auftragsleistung im Sinne der Art. 394ff. OR entspricht. In neuerer Zeit wird der Checkvertrag als *contractus sui generis* beurteilt⁴⁴. Habicht⁴⁵ versucht nachzuweisen, dass der Checkvertrag keinem vom Schweizerischen OR geregelten gesetzlichen Typus entspricht. Schluép⁴⁶ nimmt vor allem eine Abgrenzung gegenüber dem Auftrag vor. Er lehnt dessen Anwendbarkeit ab, da der Bezogene im Gegensatz zum Beauftragten eine selbständige Leistung erbringe⁴⁷, das zwingende Widerrufsrecht nach Art. 404 OR der Interessenlage nicht angemessen und eine Übertragung der Besorgung im Sinne von Art. 399 OR ausgeschlossen sei. Schliesslich müsse der Bezogene mit der Einlösungsverpflichtung für einen gewissen Erfolg eintreten, was ebenfalls nicht mit der typischen Auftragsleistung übereinstimme. Zimmermann⁴⁸ endlich nimmt keine ausdrückliche rechtliche Qualifikation vor, weist aber auf die Schadenersatzpflicht der Bank (Art. 97ff. OR) im Falle einer Nichteinklösung von Checks hin. Dadurch bringt auch er zum Ausdruck, dass die Bank mit der Zahlungsverpflichtung für einen gewissen Erfolg einzustehen hat.

Die herrschende deutsche Lehre beurteilt den Checkvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne von § 675, §§ 611ff. BGB⁴⁹. Diese Qualifikation wird namentlich dem Werkvertrag vorgezogen, da der Checkvertrag auf die Dauer abgeschlossen werde, und sich nicht auf die

⁴⁰ Vieli 87; von Büren R. 63ff.; Berger 44; Ludin 29f.

⁴¹ Habicht 20.

⁴² Ludin 29f., der sich auf BGE 51 II 183 stützt.

⁴³ S. 87.

⁴⁴ Habicht 31f.; ihr folgend Schluép, SPR VII/2, 879f.

⁴⁵ S. 14ff.

⁴⁶ S. 879.

⁴⁷ Ebenso Habicht 22f.

⁴⁸ Art. 1103 OR N 13, Art. 1104 OR N 7.

⁴⁹ Baumbach/Hefermehl, Art. 3 SchG N 3; Schönle 107; Rehfeidt/Zöllner 139f.

Einlösung bloss eines Checks beschränke⁵⁰. Nach Canaris⁵¹ hingegen liegt ein Werkvertrag (§ 675, §§ 631ff. BGB) vor, da die Bank mit der Checkeinzahlung nicht nur ihre Dienste zur Verfügung stellt, sondern einen bestimmten Erfolg herbeiführen müsse.

III. Der Bankcheckausstellungsvertrag als Werkvertrag

1. Definition und Analyse des Werkvertrages

a) Definition

Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes gegen die Leistung einer Vergütung durch den Besteller.

b) Analyse

Der Werkvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag, weil beide Parteien gegenseitig Gläubiger und Schuldner sind.

Im Gegensatz zum deutschen BGB (§ 631) schweigt das OR darüber, ob neben dem körperlichen Werk auch ein unkörperlicher Arbeitserfolg (geistiges Werk) Gegenstand eines Werkvertrages sein kann. Diese Frage ist in Lehre und Rechtsprechung bis heute umstritten geblieben⁵².

Während das Bundesgericht jahrelang auch den unkörperlichen Arbeitserfolg als "Werk" qualifizierte⁵³, änderte es unlängst seine Rechtsprechung⁵⁴ und anerkennt heute nur noch den körperlichen (stofflichen) Arbeitserfolg als Leistungsgegenstand des Werkvertrages. Diese Rechtsprechung wird damit begründet, dass die Sachgewährleistungsvorschriften des Werkvertrags (Art. 365 und 367ff. OR) nur bei körperlichen Werken zur Anwendung gelangen können⁵⁵.

Eine systematische Auslegung von Art. 363 OR ergibt jedoch, dass nicht einfach kategorisch nur zwischen körperlichen und unkörperlichen Werken unterschieden werden darf: es gilt, die Stellung dieser Bestimmung im Rahmen des Werkvertrags und der Arbeitsleistungsverträge insgesamt zu betrachten⁵⁶. Dann wird ersichtlich, dass ein "Werk" unter gewissen Voraussetzungen auch unkörperlich sein kann. Weist nämlich ein unkörperli-

⁵⁰ Baumbach/Hefermehl, Art. 3 SchG N 3.

⁵¹ Canaris, Anh. § 357 Anm. 263.

⁵² Vgl. Gauch 22ff. mit weiteren Hinweisen aus Literatur und Rechtsprechung; Pedrazzini, SPR VII/1, 498f.

⁵³ BGE 83 II 529, 70 II 218.

⁵⁴ BGE 98 II 305ff.

⁵⁵ BGE 98 II 311; gl.M. Gautschi, Vorb. zu Art. 363 bis 371 OR N 1.

⁵⁶ Pedrazzini, SPR VII/1, 499ff.; Gessler 61f.

cher Arbeitserfolg dauerhafte Gestalt in einer Sache auf (z.B. Baupläne) und erreicht er in diesem Sinne eine "gewisse Körperlichkeit"⁵⁷, lassen sich auch die werkvertraglichen Sachgewährleistungsvorschriften anwenden, ferner die Bestimmungen über den Stoff (Art. 365 OR) und jene über den Untergang des Werkes (Art. 376 OR)⁵⁸.

2. Vergleich mit dem Werkvertrag

a) Die Pflicht zur Checkausstellung

Die erste geschuldete Leistung der Bank, die Checkausstellung, stellt ein typisches Werk im Sinne von Art. 363 OR dar. Ein Check ist körperlich, und mit der formgerechten Ausstellung (Art. 1100 OR) verspricht die Bank den für den Werkvertrag typischen Erfolg. Auch die Bestimmungen über die Sachgewährleistung (Art. 365 und 367ff. OR) und über den nur bei körperlichem Arbeitserfolg möglichen Werkuntergang (Art. 376 OR) lassen sich problemlos anwenden.

In der ersten Phase stimmt also die Leistungspflicht der Bank aus einem Bankcheckausstellungsvertrag mit der Leistungspflicht eines Werkunternehmers überein.

b) Die Pflicht zur Checkeinlösung

Auch bezüglich der Checkeinlösung schuldet die Bank dem Erwerber einen bestimmten Erfolg. Dieser Erfolg besteht darin, dass die Bank gutgläubig einen Checkbetrag an den formell berechtigten Nehmer auszahlen oder gutschreiben muss.

Hier besteht nun aber keine Übereinstimmung mit dem typisch werkvertraglichen Erfolgsbegriff: Stofflichkeit liegt keine vor, und von einem Arbeitserfolg, welcher dauerhafte Gestalt in einer Sache annimmt, kann nicht die Rede sein. Sowohl die Bareinlösung, wie die Gutschrift auf dem Konto des Nehmers sind punktuelle Ergebnisse, auf welche die werkvertraglichen Bestimmungen, wie jene über die Sachmängelhaftung oder den Untergang des Werkes nicht zur Anwendung gelangen können.

3. Ergebnis

Der Bankcheckausstellungsvertrag und der Werkvertrag stimmen nur soweit überein, als sich die Bank zur Checkausstellung verpflichtet. Die Checkeinlösung selbst ist atypisch gegenüber dem Werkbegriff, da die Leistung keinen über den Augenblick der Erfüllung hinaus messbaren Erfolg bringt.

⁵⁷ Gauch, 24 N 19f.; von Büren 143f.; Jäggi, SJZ 1973, 301ff.; Gessler 61.

⁵⁸ Gessler 61.

IV. Der Bankcheckausstellungsvertrag als Auftrag

1. Innominatverträge im Bereich der Arbeitsleistungsverträge

Da der Bankcheckausstellungsvertrag keinen Werkvertrag darstellt und eine Qualifikation als Arbeitsvertrag zum vornherein ausser Betracht fällt (es fehlt das für den Arbeitsvertrag wesentliche Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer)⁵⁹, könnte man geneigt sein, unter Berufung auf Art. 394 Abs. 2 OR das Auftragsrecht für anwendbar zu erklären. Es geht hier um die Frage nach dem *numerus clausus* im Bereich der Arbeitsleistungsverträge:

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts⁶⁰ statuiert Art. 394 Abs. 2 OR keinen derartigen *numerus clausus*⁶¹. Zuletzt wies Gessler⁶² in überzeugender Weise nach, dass der Arbeitsleistungsvertrag *sui generis* zulässig ist; sowohl eine historische, wie eine logisch-systematische und eine teleologische Auslegung von Art. 394 Abs. 2 OR ergeben, dass diese Norm keinen Typenzwang statuiert⁶³. Art. 394 Abs. 2 OR ist deshalb im Sinne einer Vermutung zugunsten des Auftragsrechts zu verstehen. Es gilt m.a.W. den Auftragsbegriff extensiv auszulegen. Im Zweifelsfall hat Auftragsrecht gegenüber andern Arbeitsleistungsverträgen den Vorrang⁶⁴. Eine Qualifikation als Auftrag kommt deshalb nur dann in Frage, wenn der Bankcheckausstellungsvertrag dem typischen Auftrag im Sinne der Art. 394ff. zugeordnet werden kann.

2. Definition und Analyse des Auftrags

a) Definition

“Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen” (Art. 394 Abs. 1 OR).

b) Analyse

Dadurch, dass der Auftrag “Sammelbecken anderswo nicht unterzubringender Arbeitsverträge”⁶⁵ ist, gewährt die Legaldefinition einen sehr weiten

⁵⁹ Näher dazu Rehbinders 38ff., bes. 51.

⁶⁰ BGE 104 II 178 E. I; Gautschi, Vorbem. zu Art. 363 bis 379 OR N 7.

⁶¹ H.L.: Pedrazzini, SPR VII/1, 24ff.; Vischer, SPR VII/1, 313; Schluep, SPR VII/2, 813 Fn 170; Gessler 27ff.

⁶² Gessler 17ff. mit weiteren Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung.

⁶³ Gessler 40.

⁶⁴ Gessler 39.

⁶⁵ Hofstetter, SPR VII/2, 6.

Spielraum. So umfasst die Geschäfts- und Dienstleistungspflicht (Arbeitsleistungspflicht) des Beauftragten Verrichtungen verschiedenster Art: es wird namentlich zwischen Aufträgen unterschieden, die eine Rechtshandlung zum Gegenstand haben (Rechtshandlungsaufträge) und solchen, welche ein rein faktisches Tätigwerden beinhalten (sog. Tathandlungsaufträge)⁶⁶.

Wegen seines weiten Anwendungsbereiches gewinnt der Auftrag am ehesten Profil durch eine Abgrenzung von den anderen gesetzlich geregelten Arbeitsleistungsverträgen⁶⁷. Demgemäss liegt ein Auftrag dann vor, wenn nicht ein Werkvertrag im oben definierten⁶⁸ Sinne geschuldet ist, und wenn die Parteien nicht in einem typisch arbeitsvertragsrechtlichen Subordinationsverhältnis zueinander stehen und auch sonst die Voraussetzungen eines Auftrags gegeben sind.

Das Hauptmerkmal des Auftrags ist die Haftung des Beauftragten für getreue Ausführung (Art. 398 OR). Im Gegensatz zum Werkunternehmer schuldet er also nicht einen bestimmten Erfolg, sondern ein sorgfältiges Tätigwerden in eine bestimmte Richtung⁶⁹, welchem der Arbeitserfolg unter Umständen versagt bleiben kann⁷⁰: kein Werk also, sondern ein Wirken⁷¹ (Beispiele: die Tätigkeit von Arzt und Anwalt).

Kennzeichnend für den Auftrag ist ferner die Treueverpflichtung des Beauftragten und damit verbunden das zwischen den Parteien bestehende besondere Vertrauensverhältnis⁷². Ausfluss davon sind die grundsätzliche Verpflichtung zu persönlicher Auftragserledigung und vor allem das beidseitige zwingende Widerrufsrecht der Parteien (Art. 404 OR).

Schliesslich wird auch der Auftrag durch ein gewisses Subordinationsverhältnis gekennzeichnet, welches zwar nicht so ausgeprägt ist wie beim Arbeitsvertrag. Immerhin ist der Auftraggeber "Herr des Geschäftes"⁷³; bis zur definitiven Erfüllung ist er weisungsberechtigt und der Beauftragte hat ihm zu gehorchen.

3. Vergleich mit dem Auftrag

Ein Vergleich mit dem Auftrag kommt zum vorneherein nur hinsichtlich der Checkeinlösungspflicht in Betracht, da die Checkausstellung ja eher einem typischen Werk im Sinne der Art. 363 ff. OR entspricht.

⁶⁶ Gautschi, Art. 394 OR N 3f.; Oser/Schönenberger, Art. 394 OR N 3.

⁶⁷ Hofstetter, SPR VII/2, 6; von Büren 127; Oser/Schönenberger, Vorb. zu Art. 394 bis 418 OR N 5; Gautschi, Art. 394 OR N 3.

⁶⁸ § 17 III.

⁶⁹ Oser/Schönenberger, Art. 363 OR N 14.

⁷⁰ Von Büren 114.

⁷¹ Hofstetter, SPR VII/2, 19.

⁷² Hofstetter, SPR VII/2, 32f.

⁷³ Von Büren 140.

Aber auch diesbezüglich weicht der Bankcheckausstellungsvertrag in verschiedener Hinsicht vom Auftrag ab:

- Mit der Checkeinlösung verspricht die Bank ihrem Kunden nicht nur ein sorgfältiges Tätigwerden, sondern auch einen konkreten Erfolg⁷⁴.
- Beim Bankcheckausstellungsvertrag besteht kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, welches das in Art. 404 OR statuierte zwingende Widerrufsrecht rechtfertigen würde. In diesem Zusammenhang ist auch das fehlende Subordinationsverhältnis zu nennen. Sobald der Check begeben und in den Verkehr gesetzt ist, steht dem Besteller kein Weisungsrecht gegenüber der Bank mehr zu. In ihrer Pflichterfüllung, den Check einzulösen, ist die Bank selbständig. Der Besteller kann also nun nicht mehr den “Auftrag” widerrufen, da die Bank jetzt in Erfüllung einer zwingenden gesetzlichen Einstandspflicht handelt⁷⁵.

Auf der anderen Seite und aus denselben Gründen ist auch für die Bank der “point de non-retour” erreicht: sobald der Check zirkuliert, darf auch sie nicht durch einseitige Willenserklärung vom Vertrag zurücktreten. Aus vorstehenden Erwägungen fällt zum vorneherein auch eine Subsumtion unter den Girovertrag ausser Betracht, der nach herrschender Lehre als Dauerauftrag qualifiziert wird⁷⁶. Beim Girovertrag verspricht die Bank nicht das Herbeiführen eines Erfolges, sondern die Verrichtung einer bestimmten Tätigkeit. Die Banken können nämlich oft gar nicht den Erfolg einer Gutschrift versprechen, da sie nicht immer wissen, ob der Zahlungsempfänger überhaupt ein Konto hat⁷⁷.

In einer Beziehung gleicht der Bankcheckausstellungsvertrag dem Auftrag: insofern nämlich, als er ein fiduziarisches Element aufweist. Gleich wie beim fiduziarischen Rechtsgeschäft wird die Bank verpflichtet, “im eigenen Namen, aber im Interesse und auf Rechnung des Fiduzianten ein bestimmtes (mehr oder weniger genau umschriebenes) Verhalten zu üben”⁷⁸. Im Aussenverhältnis tritt die Bank als Ausstellerin des Checks auf. Sie ist gesetzlich zur Einlösung des Papiers verpflichtet; nur sie vermag die Zahlungsanweisung wirksam zu widerrufen (Art. 1119 OR), obwohl das ganze Geschäft vom Besteller finanziert wurde. Wirtschaftlich betrachtet vertritt letzterer die Interessen eines Checkausstellers. Gleich wie ein Fiduziar erhält also die Bank eine “überschüssende Rechtsmacht”⁷⁹; Dritten gegenüber tritt sie — im Rahmen ihrer checkrechtlichen Verpflichtung — als “unbeschränkter Rechtsträger”⁸⁰ auf, während sie dem Besteller gegen-

⁷⁴ Vgl. § 15 II 2, III 2 b dieses §.

⁷⁵ Vgl. § 27 II 2; die Bank ist auf Grund der gesetzlichen Regresshaftung zur Einlösung verpflichtet.

⁷⁶ Kleiner 20; Helbig 31f.; Schulthess 110.

⁷⁷ H.L. Deutschlands: Canaris, Anh. § 357 Anm. 156; Schönle 356; Helbig 30f.

⁷⁸ Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 178.

⁷⁹ BGE 71 II 169.

⁸⁰ Merz, Legalzession, 452.

über verpflichtet ist, diese Rechtsmacht nur unter Wahrung dessen Interessen auszuüben. Genau genommen besteht ein Unterschied zum typischen Treuhandgeschäft, indem im vorliegenden Fall keine Übertragung eines Rechts vom Fiduzianten auf den Fiduziar stattfindet⁸¹. Die Bank schafft ja selbst eine Rechtsstellung, indem sie den Check ausstellt. Im Ergebnis ändert dies natürlich nichts; typisches Merkmal des fiduziarischen Rechtsgeschäfts ist ja die Rechtsausübung in eigenem Namen, aber im Interesse und für Rechnung des Fiduzianten, was für den Bankcheckausstellungsvertrag zweifelsohne zutrifft.

Diese fiduziarische Vereinbarung vermag freilich nichts daran zu ändern, dass der Bankcheckausstellungsvertrag aus den bereits genannten Gründen keinen Auftrag im Sinne der Art. 394ff. OR darstellt. Die fiduziarische Übereinkunft stellt vielmehr eine unselbständige Nebenabrede dar, welche zum Hauptvertrag hinzutritt⁸². Nur im Bereich dieser Nebenabrede gleicht deshalb die Stellung der Bank derjenigen eines Beauftragten. Soweit es die zwingenden Normen des Checkrechts zulassen, ist sie dem Besteller gegenüber in derselben Weise zur Interessenwahrung verpflichtet wie ein Beauftragter (Fiduziant) gegenüber seinem Auftraggeber (Fiduziar).

Rechtsdogmatisch könnte man sich auch fragen, ob der Bankcheckausstellungsvertrag Bestandteil eines sog. "allgemeinen Bankvertrages" sei. In diesem, vor allem von der deutschen Lehre entwickelten Vertrag, vereinbaren die Parteien, miteinander Geschäftsbeziehungen aufzunehmen, ohne dass sie bereits einen konkreten Einzelvertrag abgeschlossen haben müssen. Die Grundlage für diesen Vertrag wird in der Präambel zu den AGB erblickt, welche bei den Schweizer Banken in der Regel so lautet: "Die nachstehenden Bedingungen dienen einer klaren Regelung zwischen Kunden und Bank".

Eine nähere Behandlung dieses allgemeinen Bankvertrages drängt sich indessen nicht auf, weil er an rechtlichen Unzulänglichkeiten leidet und zudem ohne praktischen Erklärungswert ist⁸³.

4. Ergebnis

Die Zuordnung des Bankcheckausstellungsvertrages zum Auftrag scheitert daran, dass die Bank sowohl mit der Checkausstellung, wie auch mit der Checkeinlösung jeweils einen Erfolg und nicht bloss ein sorgfältiges Tätigwerden verspricht. Zudem ist die Bank in ihrer Pflicht, den Check einzulösen, weitgehend selbständig. Zwischen den Parteien besteht kein so enges Vertrauensverhältnis, als das in Art. 404 OR vorgesehene zwingende

⁸¹ Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 184.

⁸² Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 179.

⁸³ Vgl. näher Helbig 16ff.; Canaris, Anh. § 357 Anm. 2ff. mit weiteren Hinweisen.

Widerrufsrecht gerechtfertigt wäre. Von der Interessenlage her besteht immerhin insofern eine Verwandtschaft mit dem typischen Auftrag, als die Bank — gleich wie ein Fiduziar — im checkrechtlichen Aussenverhältnis mit einer “überschiessenden Rechtsmacht” auftritt. Dieser Umstand zwingt sie zu einer Wahrung der Interessen des Bestellers, soweit ihr dies auf Grund ihrer zwingenden checkrechtlichen Verpflichtungen möglich ist.

§ 18 Der Bankcheckausstellungsvertrag als Innominatvertrag

I. Einleitung

Die bisherige Analyse hat gezeigt, dass der Bankcheckausstellungsvertrag in seiner Gesamtheit keinem der in Frage kommenden gesetzlichen Vertragstypen entspricht. Auf der anderen Seite wurde die Frage nach der Zulässigkeit von Innominatverträgen im Bereiche der Arbeitsleistungsverträge bejahend beantwortet.

Bezüglich der Checkeinlösungspflicht stimmt der Bankcheckausstellungsvertrag mit einem bereits bekannten Innominatvertrag überein: dem Checkvertrag.

Als ganzer Vertrag entspricht er aber keinem der vom Verkehr gebildeten und benannten Innominatverträge. Demgemäss handelt es sich gewissermassen um einen “neuen” Innominatvertrag⁸⁴, und zwar, wenn man so will, um einen “gemischten Vertrag eigener Art”, weil sich die Bank zu zwei verschiedenen Leistungen verpflichtet, von denen die eine (die Checkausstellung) einem Vertragstyp zugeordnet werden kann, die andere (die Checkeinlösung) jedoch atypisch ist.

⁸⁴ Gessler 78 Fn 2.

II. Die Rechtsanwendung bei Innominatverträgen

Bei der Rechtsanwendung von Innominatverträgen muss unterschieden werden, ob ein sog. singulärer Innominatvertrag vorliegt, oder ob sich die vorliegende Vertragsart zu einem eigenständigen Verkehrstyp entwickelt hat. Während erstere zur Befriedigung blosser Sonderansprüche dienen, liegt bei letzteren eine Typenhäufung vor, so dass sich eine "faktische Ordnungsstruktur" abzuzeichnen beginnt⁸⁵.

Die Frage nach der Vertragsergänzung bei Innominatverträgen wird dann aktuell, wenn eine Auslegung im konkreten Fall ergibt, dass ein Vertrag in Nebenpunkten Lücken aufweist und darum ergänzungsbedürftig ist⁸⁶.

Bei einem singulären Innominatkontrakt hat die Vertragsergänzung nach dem Vertrauensprinzip und "in einem der Lückenfüllung nach Art. 4 ZGB analogen Verfahren" zu erfolgen⁸⁷. Es geht also vorab darum, eine individuelle Regel zu schaffen, welche der konkreten Sachlage am angemessensten ist⁸⁸.

Der Richter darf erst dann *modo legislatoris* (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB) eine dispositive generell-abstrakte Regel aufstellen, wenn sich der singuläre zu einem verkehrstypischen Innominatvertrag verfestigt hat⁸⁹. M.a.W. muss der vorliegende Vertrag bereits eine typische, einigermaßen verfestigte Struktur aufweisen, um Grundlage für eine allgemeine und definitive Regel bilden zu können⁹⁰. Der Vertragsergänzung — durch Vertragstypenrecht wie durch richterliche Regelbildung⁹¹ — ist freilich eine Grenze durch zwingendes Recht gesetzt⁹².

⁸⁵ Schluep, SPR VII/2, 798f.

⁸⁶ Schluep, SPR VII/2, 814; Engel 170; Gessler 85.

⁸⁷ Schluep, SPR VII/2, 796ff.

⁸⁸ Yung, ZBJV 1961, 53; Gessler 86.

⁸⁹ Schluep 796ff.; näher dazu Gessler 87f., welcher sich mit der Anwendbarkeit des allgemeinen Teils des OR auseinandersetzt und weiter festhält, dass der Richter unter Umständen auch auf das Nominatrecht anderer Verträge greifen soll, sofern dieses eine ähnliche Lösung bereithält, und dass auch allfällige Verkehrssitten Hinweise geben können.

⁹⁰ Yung, ZBJV 1961, 53.

⁹¹ Gessler 86.

⁹² Schönenberger/Jäggi, Art. 2 OR N 53.

III. Die Rechtsanwendung beim Bankcheckausstellungsvertrag

1. Der Bankcheckausstellungsvertrag als verkehrstypischer Innominatvertrag

Obwohl sich der Bankcheckverkehr nicht zu einem Massengeschäft entwickelt hat, wie das etwa beim Eurocheck oder bei der Kreditkarte der Fall ist, kann davon ausgegangen werden, dass sich der Bankcheckausstellungsvertrag zu einem Verkehrstypus verfestigt hat. Zwar erfolgt der Vertragsabschluss in den meisten Fällen ohne ausdrückliche Vereinbarungen der Parteien, ebensowenig werden besondere AGB diesem Vertrag zugrunde gelegt; zudem wurde er vom Verkehr bislang auch nicht benannt.

Diese Gegebenheiten würden eigentlich eher gegen die Verfestigung zu einem Verkehrstypus sprechen. Dennoch kann nicht gesagt werden, der Bankcheckausstellungsvertrag befriedige bloss Sonderansprüche, denn er stellt ein durchaus alltägliches Geschäft im Bankenverkehr dar; das beweist die Tatsache, dass die Banken täglich mehrere solche Verträge abschliessen. Eine Standardisierung in AGB wurde vermutlich deshalb unterlassen, weil dieser Vertrag die Beteiligten anscheinend nie vor besondere Probleme stellte; davon zeugt auch die (fast)⁹³ fehlende Rechtsprechung.

Auch die Entwicklung zu einer faktischen Ordnungsstruktur⁹⁴ darf bejaht werden, da die Bankcheckausstellungsverträge regelmässig unter denselben Umständen und mit derselben Zwecksetzung abgeschlossen werden⁹⁵.

2. Vereinbarungen der Parteien

a) Mündliche Vereinbarungen

In erster Linie massgebend für die Rechtsanwendung ist das von den Parteien Vereinbarte. Es wurde bereits an anderer Stelle⁹⁶ festgehalten, worauf der Konsens der Parteien gerichtet sein muss, damit ein gültiger Bankcheckausstellungsvertrag zustande kommt.

Einzelheiten über die gegenseitigen Rechte und Pflichten werden in der Regel nicht besprochen; das betrifft namentlich die Rechtsfolgen für den Fall einer Nichterfüllung.

⁹³ Ausnahme: HG BE ZBJV 1932, 286ff.

⁹⁴ Vgl. Schluep, SPR VII/2, 799.

⁹⁵ Vgl. § 15 I.

⁹⁶ § 15 I.

b) Allgemeine Geschäftsbedingungen

AGB, die eigens für den Bankcheckausstellungsvertrag formuliert wurden, gibt es in der Schweiz nicht. Deshalb kommen höchstens die generellen AGB der Banken als Grundlage in Betracht. Deren Verbindlichkeit ist von zwei Bedingungen abhängig: erstens gilt es die allgemeinen Grundsätze für die Verbindlichkeit von AGB zu berücksichtigen, und zweitens müssen diese nach ihrem materiellen Gehalt überhaupt auf die Bankcheckausstellungsverträge zugeschnitten sein.

aa) Voraussetzungen für die Verbindlichkeit der AGB

Die Verbindlichkeit von AGB beruht auf rechtsgeschäftlicher Übereinkunft⁹⁷:

Es ergeben sich keine Probleme, wenn die ausgebende Partei bei Vertragsabschluss ausdrücklich auf ihre AGB hinweist, und diese auch den Vertragspartner unterzeichnen lässt. Gerade dies trifft jedoch beim Bankcheckausstellungsvertrag nicht zu; dieser Vertrag wird mündlich abgeschlossen und die Bank verweist nicht ausdrücklich auf ihre AGB. Hier kommt also bloss eine stillschweigende Vereinbarung in Betracht. Die Frage nach der stillschweigenden Annahme von AGB ist heute in Literatur und Rechtsprechung umstritten geblieben⁹⁸.

Das Bundesgericht bejaht eine stillschweigende Annahme unter der Voraussetzung, dass der Verwender von AGB annehmen durfte, diese seien dem Vertragspartner bekannt, und er wolle sie als Vertragsgrundlage gelten lassen⁹⁹. Immerhin muss hier Zurückhaltung geübt werden; im Zweifelsfall ist davon auszugehen, dass Stillschweigen nur dann Annahme bedeutet, wenn der Vertragspartner nach Treu und Glauben ausdrücklich hätte Widerspruch erheben müssen (Art. 6 OR)¹⁰⁰. In concreto heisst dies, dass "eine klare Indikation für die Bereitschaft des Kunden zur Unterwerfung"¹⁰¹ unter die AGB vorliegen muss; so etwa, wenn die Bank mit ihrem Kunden schon früher auf der Grundlage ihrer AGB Verträge abschloss¹⁰², oder wenn der Verwender dem Publikum in unmissverständlicher Weise zu erkennen gibt, dass er nur unter Zugrundelegung seiner AGB kontrahieren

⁹⁷ Forstmoser, rechtliche Behandlung von AGB, 107, mit weiteren Hinweisen.

⁹⁸ Vgl. BGE 47 II 160ff., 77 II 154ff., 83 II 522ff., 91 II 356ff.; Nordmann 60.

⁹⁹ BGE 77 II 157. Namentlich die von Bankjuristen vertretene Meinung, welche eine generelle Präsomption aufstellt, "wonach sich derjenige, der einen Vertrag mit einem Partner abschliesst, der erfahrungsgemäss nur gestützt auf Geschäftsbedingungen kontrahiert, sich den darin enthaltenen Regeln unterwirft" (Kleiner 10), verdient heute keine Zustimmung mehr.

¹⁰⁰ Becker, Art. 1 OR N 39; Schönenberger/Jäggi, Art. 6 OR N 43; Naegeli 234; Forstmoser, rechtliche Behandlung von AGB, 109.

¹⁰¹ Bucher 133.

¹⁰² BGE 77 II 154ff.; Schuler 98; Merz, Massenvertrag, 147; Forstmoser, rechtliche Behandlung von AGB, 110; Bucher 133f.

will. Deshalb kann der Anschlag von AGB in den Geschäftslokalen des Verwenders höchstens dann ausreichen, wenn er dem Kunden "in die Augen springt"¹⁰³; in der Regel wird dies jedoch nicht der Fall sein.

Hinsichtlich der Geltung von AGB für den Bankcheckausstellungsvertrag muss unterschieden werden, ob die Bank den Vertrag mit einem ihrer Kunden abschliesst, oder mit einer unbekannten Drittperson.

Im ersten Fall spricht nichts gegen das Zugrundelegen der AGB (vorausgesetzt natürlich, dass diese auch in materieller Hinsicht anwendbar sind) unter den Bankcheckausstellungsvertrag. Heutzutage eröffnen die Banken ein Konto in der Regel nur noch unter ausdrücklicher Bezugnahme auf ihre AGB, indem der Kunde schriftlich bestätigen muss, von diesen Kenntnis genommen zu haben. Auf Grund der Formulierung dieser AGB¹⁰⁴ darf die Bank voraussetzen, dass der Kunde sämtliche weiteren Verträge unter denselben Bedingungen abschliessen will, ansonsten er ausdrücklich Widerspruch erheben würde.

Erwirbt eine unbekannte Drittperson einen Bankcheck, verhält es sich anders. Weder wird bei Vertragsabschluss ausdrücklich auf die AGB verwiesen, noch liegen Anhaltspunkte vor, welche auf deren Anwendbarkeit schliessen lassen würden. Die AGB werden in den Geschäftslokalen der Banken gewöhnlich nicht so angeschlagen, dass sie dem Kunden auch wirklich "ins Auge springen" und in sein Bewusstsein dringen.

Ein einziger Vorbehalt gilt für den Fall, wo die Bank mit branchekundigen Partnern kontrahiert¹⁰⁵: hier ist sie berechtigt, die Kenntnis der AGB vorauszusetzen und einen ausdrücklichen Widerspruch für den Fall des Nichteinverständnisses erwarten zu dürfen.

bb) Anwendbarkeit der AGB in materieller Hinsicht

Nach ihrem Inhalt sind die AGB natürlich nicht in ihrer Gesamtheit auf den Bankcheckausstellungsvertrag zugeschnitten.

Erstens muss jede einzelne Bestimmung auf ihre materielle Anwendbarkeit untersucht werden¹⁰⁶. Wegen ihres sehr allgemeinen Inhalts können die AGB nicht zur Bestimmung der essentialia negotii des Bankcheckausstellungsvertrags herbeigezogen werden. Sie kommen somit höchstens für die Regelung von Nebenpunkten (z.B. Verfügungsberechtigung, Handlungsfähigkeit oder Regelung der Vollmacht), welche die Bankverträge ganz allgemein betreffen, in Frage.

¹⁰³ Schuler 94.

¹⁰⁴ Die Präambel über den AGB der Schweizer Banken lautet in der Regel wie folgt: "Die nachstehenden Bedingungen dienen einer klaren Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen Kunden und Bank. . .".

¹⁰⁵ BGE 77 II 154 ff.

¹⁰⁶ Die Frage, welche Bestimmungen allenfalls anwendbar sind, wird sich im Zusammenhang mit den Vertragswirkungen ergeben; vgl. § 23 III 2 d aa).

Alsdann muss auf die besonderen Auslegungsgrundsätze bei den AGB hingewiesen werden: so gilt heute unbestrittenermassen die sog. Unklarheitenregel¹⁰⁷, wonach zweideutige Normen immer contra proferentem, d.h. zulasten desjenigen auszulegen sind, welcher sie formuliert hat. Sodann gilt es, die sog. Ungewöhnlichkeitsregel¹⁰⁸ zu berücksichtigen, welche aus den Grundsätzen der Auslegung von ungelesen unterzeichneten Urkunden entwickelt wurde. Diese schreibt vor, dass diejenigen Bestimmungen unwirksam sind, “welche ganz oder teilweise so aus dem zu erwartenden Rahmen fallen, dass der Vertragspartner nicht damit hat rechnen müssen, ohne vom Verwender eigens darauf aufmerksam gemacht worden zu sein”¹⁰⁹.

3. Zwingendes Recht

Die Vertragsergänzung steht jeweils unter dem Vorbehalt zwingenden Rechts, welches immer vorerst zu konsultieren ist. Der Bankcheckausstellungsvertrag weist — wie auch der gewöhnliche Checkvertrag — die Besonderheit auf, dass er zwar keinem gesetzlich geregelten Vertragstypus entspricht, jedoch gewissermassen in das Checkrecht “eingebettet” ist. Das Checkrecht regelt zwar nicht die zwischen den Parteien bestehenden Grundverhältnisse¹¹⁰; trotzdem ist es mit diesen Verträgen eng verknüpft und setzt gewissermassen ihren äusseren Rahmen. Den Parteien ist es also verwehrt, durch gegenseitige Übereinkunft zwingende Normen des Checkrechts zu umgehen¹¹¹. Die zwingenden Vorschriften des Check- (und Wechsel-)rechts unterscheiden sich von denjenigen im vertraglichen Teil des OR dadurch, dass sie nicht den Schutz einer sozial- und wirtschaftlich schwächeren Partei bezwecken¹¹², sondern vorab den Verkehrsinteressen dienen¹¹³. Im vorliegenden Fall wirkt sich dies namentlich dahin aus, dass sich die beteiligten Drittpersonen, die Checknehmer, grundsätzlich und immer auf den durch einen Check vermittelten Rechtsschein verlassen dürfen.

Im vertraglichen Bereich des OR hätte der Richter im allgemeinen Teil, sowie bei den einschlägigen Arbeitsleistungsverträgen nach zwingenden Normen zu suchen. Da sich der Bankcheckausstellungsvertrag aus einem werkvertraglichen (Ausstellung der Urkunde) und einem atypischen

¹⁰⁷ Schönenberger/Jäggi, Art. 1 OR N 488f.; Merz, Massenvertrag, 152f.; Nordmann 77; Forstmoser, AGB und ihre Bedeutung, 22.

¹⁰⁸ Merz, Massenvertrag, 148; BGE 41 II 446; BGE 64 II 356.

¹⁰⁹ Merz, Massenvertrag, 148.

¹¹⁰ Vgl. § 7 I 3.

¹¹¹ Es kann aber auch sein, dass eine zwingende checkrechtliche Norm das extrakambiale Verhältnis der Beteiligten unberührt lässt; so kann ein Check bekanntlich rechtsgeschäftlich angenommen werden, vgl. § 11 I 2 a.

¹¹² Vgl. auch Schluep, SPR VII/2, 793.

¹¹³ Beispiele: Verfall eines Checks bei Sicht (Art. 1115 OR), Vorlegungsfristen (Art. 1116 OR), Annahmeverbot (Art. 1104 OR)

(Checkeinlösung) Element zusammensetzt, müssen die Grundsätze über die Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen berücksichtigt werden¹¹⁴. Dabei kann der Richter teilweise in analoger Weise¹¹⁵ Werkvertragsrecht anwenden und sofern nötig, muss er selbst Recht schaffen (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB)¹¹⁶. Vor allem darf er nicht für die Checkeinlösungspflicht *tale quale* dieselbe Rechtsanwendung vornehmen wie beim Kundencheckvertrag. Dort regeln in erster Linie besondere AGB (Checkreglemente) den Vertragsinhalt; ihre vorbehaltlose Übergabe durch den Richter würde aber an der verschiedenen Interessenlage beim Bankcheckausstellungsvertrag scheitern.

Bei sämtlichen Bankcheckausstellungsverträgen ist von derselben Interessenlage auszugehen: schutzbedürftige Partei ist der Besteller. Er hat den Checkbetrag regelmässig vor der entsprechenden Gegenleistung der Bank zu entrichten. Durch diese Vorleistung entsteht ein gewisses Vertrauensverhältnis: der Besteller selbst kann nach der Begebung keinen eigenen rechtlichen Einfluss auf das Schicksal der Urkunde mehr ausüben; er ist diesbezüglich abhängig von der Bank, und zwar bis zu dem Augenblick, wo diese den Check ordnungsgemäss eingelöst hat. Soweit nicht zwingende Normen des Checkrechts entgegenstehen und die Interessen des öffentlichen Verkehrs vorgehen, müssen also auch die Interessen des Bestellers bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden. Ein Vertrauensverhältnis kennzeichnet ganz allgemein die Verträge zwischen den Banken und ihren Kunden. Was die Schutzpflichten der Bank gegenüber ihrem Kunden betrifft, könnte der Richter deshalb grundsätzlich auf einschlägige bankenvertragliche Gerichtsurteile zurückgreifen. Dabei ist er nicht an die inländische Rechtsprechung gebunden, welche in der Schweiz auf diesem Gebiet bekanntlich dünn gesät ist, sondern er kann sich auch des Mittels der Rechtsvergleichung bedienen¹¹⁷.

4. Dispositives Recht

Zumal sich der Bankcheckausstellungsvertrag zu einem Verkehrstypus verfestigt hat, könnte der Richter zwar grundsätzlich auch dispositive Normen schaffen. Die Schaffung eines solchen richterlichen Vertragstypenrechts soll aber erst da zum Zuge kommen, wo die Vereinbarung der Parteien ergänzungsbedürftig ist. Auch hier dürfte seine Arbeit dadurch erschwert werden, dass der Bankcheckausstellungsvertrag sowohl von der Lehre wie auch von der Rechtsprechung bis heute keine Beachtung gefunden hat. Wo

¹¹⁴ Schluep, SPR VII/2, 800 ff.; Meier-Hayoz, SJK Nr. 1135, 4 ff.

¹¹⁵ Nach dem Analogieverfahren, vgl. Schluep, SPR VII/2, 802; Meier-Hayoz, SJK Nr. 1135, 5; vgl. auch §§ 22 II, 23 IV.

¹¹⁶ Im Sinne der Kreationstheorie, vgl. Schluep, SPR VII/2, 802 f.

¹¹⁷ Vgl. Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 376; Schluep, SPR VII/2, 800.

es sich um Fragen allgemein bankenvertraglicher Natur handelt, könnte er sich aber ebenfalls mit der Rechtsvergleichung weiterhelfen. Wichtigstes Hilfsmittel aber bleibt eine eingehende Analyse der “tatsächlichen Gestaltung und Durchführung” des Bankcheckausstellungsvertrages¹¹⁸.

¹¹⁸ Gessler 93.

3. Kapitel

Probleme bei der Vertragsentstehung

§ 19 Konsens

Ob und mit welchem Inhalt ein Vertrag zustandegekommen ist, ergibt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip¹¹⁹. Formvorschriften bestehen beim Bankcheckausstellungsvertrag keine (Art. 11 OR). Da es keine Formularverträge gibt, werden die Bankcheckausstellungsverträge in aller Regel mündlich abgeschlossen. Unterschiede ergeben sich nur hinsichtlich der Vertragsofferte: Kunden beauftragen ihre Bank häufig schriftlich ("Zahlungsauftrag"), oder telefonisch mit der Checkausstellung; mit Nichtkunden hingegen wird das Geschäft normalerweise bar am Schalter abgewickelt.

¹¹⁹ Vgl. zur Bestimmung des Vertragsinhalts § 15 I.

§ 20 Störungen beim Vertragsabschluss

I. Irrtum

1. Der Tatbestand¹²⁰

a) *Erklärungsirrtum*

Ein Erklärungsirrtum kann vor allem auf der Seite des Bestellers vorliegen. Voraussetzung ist jeweils die vom Gesetz verlangte Wesentlichkeit des Irrtums (Art. 23 OR). "Die Differenz zwischen Willen und Erklärung muss so erheblich sein, dass angenommen werden kann, der Erklärende hätte seine Erklärung bei richtiger Erkenntnis ihres Sinnes nicht abgegeben"¹²¹.

Möglich sind drei Fälle, in denen das ausgelegte Erklärungsverhalten vom wirklichen Willen des Erklärenden abweicht: der Besteller kann sich beim Erteilen des "Zahlungsauftrags" verschrieben haben und dabei der Bank eine falsche Person als Checknehmer angegeben haben; denkbar ist auch, dass er irrtümlicherweise der Bank einen falschen (zu hohen) Checkbetrag genannt hat, und schliesslich, dass er aus Zerstreutheit die Bank zweimal hintereinander mit derselben Checkausstellung beauftragt hat.

b) *Grundlagenirrtum*

Grundlage des Bankcheckausstellungsvertrags ist für den Besteller normalerweise das zwischen ihm und dem Checknehmer bestehende Vertragsverhältnis¹²²; er lässt den Check ausstellen, um eine Geldschuld erfüllen zu können. Der Bankcheckausstellungsvertrag und dieses Grundverhältnis sind rechtlich gänzlich unabhängig voneinander; in wirtschaftlicher Hinsicht sind sie jedoch eng miteinander verknüpft.

Ein Motivirrtum des Bestellers, der sich auf Mängel aus dem Grundverhältnis bezieht, ist in der Praxis nicht einmal so selten. So kommt es immer wieder vor, dass Kunden (Besteller) ihre Bank bitten, den bereits in den Verkehr gesetzten Check zu widerrufen, weil sie irrtümlich angenommen haben, dem Checknehmer etwas zu schulden; oder sie verlangen von der Bank eine Checksperrung, weil ihr Vertrag mit dem Checknehmer nicht gül-

¹²⁰ Die hier betrachteten Irrtumssituationen gleichen den entsprechenden Tatbeständen beim Girovertrag: auch dort beauftragt der Kunde die Bank, auf seine Kosten einen bestimmten Geldbetrag zu "verwenden" (in Form einer Giroüberweisung). Vgl. zu den ähnlichen Irrtumssituationen bei der Giroüberweisung Helbig 114 ff.

¹²¹ Von Tuhr/Peter 303; ferner Bucher 170f.

¹²² Vgl. § 9.

tig zustandegekommen sei und schliesslich auch, weil sich der Checknehmer im Schuldnerverzug befindet.

Ein Motivirrtum, der unabhängig ist vom Grundverhältnis des Bestellers, liegt vor, wenn sich letzterer beim Ausrechnen des Checkbetrags verrechnet hat und der Bank einen falschen Betrag angibt¹²³.

Der Grundlagenirrtum darf aber nur bejaht werden, wenn der irrtümlich vorausgesetzte Sachverhalt objektiv wesentlich ist, d.h. wenn er nach Treu und Glauben "vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus auch dem Vertragspartner als wesentliche Grundlage"¹²⁴ erscheint (Art. 24 Abs. 1 Z. 4 OR). Diese objektive Wesentlichkeit ist in den Fällen eines Irrtums über das Grundverhältnis nicht vorhanden. Die Tatsache, dass eine enge wirtschaftliche Verknüpfung zwischen dem Bankcheckausstellungsvertrag und dem Grundverhältnis besteht, muss für die Bank belanglos sein. Es ist für sie vom Standpunkt des loyalen Geschäftsverkehrs aus weder zumutbar noch rechtlich möglich, sich darum zu kümmern, ob der Besteller dem Checknehmer überhaupt etwas schuldet und was er mit dem Grundverhältnis überhaupt bezweckt¹²⁵. Die Abstraktheit der im Check verbrieften Vermögensmacht und der damit verbundene Einredeausschluss¹²⁶ haben eine weitgehende Loslösung von sämtlichen Grundverhältnissen zur Folge. Da der Erfüllungsgegenstand, der Check, ein Wertpapier des öffentlichen Glaubens ist, muss hier der Verkehrsschutz vorgehen und die gutgläubigen Checknehmer sollen sich auf den Rechtsschein der Urkunde verlassen dürfen.

Anders ist die Lage, wenn sich der Besteller bei der Bestimmung des Checkbetrages verrechnete. Hier ist ein Grundlagenirrtum unter Umständen zu bejahen¹²⁷, und zwar dann, wenn die Differenz zwischen dem errechneten und dem "richtigen" Checkbetrag so beträchtlich ist, dass das Erfordernis der objektiv wesentlichen Grundlage erfüllt ist. Dieses Erfordernis entspricht demjenigen beim Erklärungsirrtum, wenn ein falscher (viel zu hoher oder niedriger) Checkbetrag angegeben wird.

2. Die Wirkungen des Irrtums

a) Einleitende Bemerkungen

Wird der Bankcheckausstellungsvertrag von einer Partei wegen Willensmangels angefochten (Art. 23 Abs. 1, 31 Abs. 1 OR), fällt er ex tunc dahin,

¹²³ Vgl. Helbig 116; ferner Rother, AcP 1966, 134ff.

¹²⁴ Vgl. Bucher 179.

¹²⁵ Vgl. beim Girovertrag: Helbig 117.

¹²⁶ Vgl. dazu ausführlicher gleich anschliessend unter 2, die Wirkungen des Irrtums.

¹²⁷ Vgl. auch BGE 102 II 81ff.

und die Vertragspartner müssen sich das bereits Erhaltene gegenseitig zurückerstatten¹²⁸.

Obschon die Willensmängel im Sinne der Art. 23 ff. OR beim Bankcheckausstellungsvertrag vom Sachverhalt her weitgehend mit den entsprechenden Situationen des Girovertrags übereinstimmen, ist die Rechtslage bezüglich deren Wirkungen verschieden. Anders als beim Girovertrag ist hier mit dem trassiert-eigenen Bankcheck ja ein Wertpapier des öffentlichen Glaubens Vertragsgegenstand. Das bedeutet vor allem, dass die Bank einem gutgläubigen Nehmer nach den Rechtsscheinsgrundsätzen trotz mangelhaftem Begebungsakt zur Einlösung des Checks verpflichtet sein kann. Die Rechtsanwendung ist hier also vorgegeben durch die rechtliche Eigenart des Erfüllungsgegenstands.

Um die Wirkungen einer Vertragsanfechtung im Einzelfall bestimmen zu können, ist einleitend in Erinnerung zu rufen¹²⁹, welche Einreden die Bank einem Checknehmer gegenüber allenfalls erheben kann. In Frage kommen hier sog. nichturkundliche Gültigkeitseinreden, d.h. also Einreden, welche nicht aus dem Inhalt der Urkunde selbst ersichtlich sind. Es wird hier somit davon ausgegangen, dass die Bank einen formgerecht ausgefüllten Check in den Verkehr gesetzt hat. Die Fälle, wo die Bank einen formungültigen Check begibt, betreffen die ganz andere Frage der fehlerhaften Vertragserfüllung¹³⁰.

Die nichturkundlichen Gültigkeitseinreden können absolut oder redlichkeitsunbeständig sein¹³¹. Im ersten Fall hat der Aussteller zwar einen Rechtsschein geschaffen; dieser ist ihm jedoch nicht zurechenbar, die Einrede wirkt erga omnes, gegenüber jedem auch gutgläubigen Nehmer des Papiers. Im zweiten Fall hingegen liegt eine "zurechenbare Veranlassung eines Rechtsscheins"¹³² vor, die Einrede ist redlichkeitsunbeständig und kann einem gutgläubigen Nehmer nicht entgegengehalten werden. Unter die Kategorie der absoluten Einreden fallen namentlich die Einrede der Fälschung, der vollmachtlosen Vertretung, des unmittelbaren Zwanges im Sinne einer vis absoluta und schliesslich der Handlungsunfähigkeit des Verpflichteten im Moment der Ausstellung¹³³. Mängel bei der Checkbegebung hingegen, wie im Falle von Diebstahl oder Nichtigkeit des Begebungsvertrages (z.B. wegen Sittenwidrigkeit oder Anfechtbarkeit im Sinne

¹²⁸ Bucher 188.

¹²⁹ Vgl. auch § 11 2 b bb), wo die Einredemöglichkeiten der Bank anhand eines Vergleichs mit dem Eurocheck untersucht wurden.

¹³⁰ Vgl. § 22 II.

¹³¹ Vgl. statt aller: Rehfeldt/Zöllner 104 ff.

¹³² Rehfeldt/Zöllner 107.

¹³³ Vgl. Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 10 ff.; Rehfeldt/Zöllner 107.

der Art. 23 ff. OR) begründen nur redlichkeitsunbeständige Einreden¹³⁴, welche gegenüber gutgläubigen Drittnehmern abgeschnitten sind. Ratio dieser Redlichkeitsunbeständigkeit ist eine Interessenabwägung zugunsten des erhöhten Verkehrsschutzbedürfnisses im Recht der Umlaufpapiere des öffentlichen Glaubens, welche "eine weitgehende Zurückdrängung von Mängeln erforderlich macht"¹³⁵. Eine Anwendung von Art. 23 ff. OR ist deshalb nur in diesem entsprechend beschränkten Umfange möglich.

b) Die Wirkungen

Wird der Bankcheckausstellungsvertrag vom irrenden Besteller angefochten (Art. 23, 31 Abs. 1 OR), bevor der Check ans Publikum gelangt ist, ergeben sich keine besonderen Probleme: der Vertrag fällt ex tunc dahin, der Besteller muss den Check der Bank (falls er ihn überhaupt erhalten hat) gegen den Checkbetrag zurückgeben. Um jeder Missbrauchsgefahr vorzubeugen, kommt es freilich vor, dass die Banken den Check vom Besteller nur noch zurücknehmen, wenn er mit dem Indossament des ersten Nehmers versehen ist; dies trifft namentlich in den Fällen zu, wo der Besteller wenig vertrauenswürdig ist und der Bank die Irrtumssituation nicht nachzuweisen vermag¹³⁶. Schwieriger wird die Lage jedoch, wenn der Check bereits in die Hände des ersten Nehmers gelangt ist. Die Bank ist jetzt in eine gesetzliche Zahlungspflicht (genauer: Regresspflicht) getreten und kann darum nicht mehr ohne weiteres die Einlösung verweigern. Als obligatorisches Grundverhältnis ist der Bankcheckausstellungsvertrag ja unabhängig von der Gültigkeit des begebenen Checks und der damit verbundenen abstrakten Zahlungsverpflichtung der Bank. Deshalb kann die Bank weder dem ersten Nehmer noch dessen Nachmännern Willensmängel aus dem Bankcheckausstellungsvertrag einredeweise entgegenhalten. Hier besteht auch ein Unterschied zum Kundencheckvertrag: ist der Aussteller selbst irrende Partei, so kann er dem ersten Nehmer seinen Irrtum als (redlichkeitsunbeständige) Gültigkeitseinrede entgegenhalten. Dies trifft beim Bankcheckausstellungsvertrag gerade nicht zu. Die ausstellende Bank ist erstens selbst nicht irrende Partei und zweitens, — da sie ja den Check nicht an den ersten Nehmer begeben hat —, ist ihr diesem gegenüber (sofern gutgläubig) infolge der Redlichkeitsunbeständigkeit eine Einrede bereits abgeschnitten. Trotz irrtümlich angegebenen falschem Checkbetrag (durch den Besteller) kann es nämlich durchaus möglich sein, dass der erste Nehmer den Check gutgläubig präsentiert: so kann er das Papier ohne vor-

¹³⁴ Die sog. persönlichen Einreden (Rehfeldt/Zöllner 108 ff.), welche sich namentlich aus dem der Checkbegebung zugrundeliegenden Kausalverhältnis ergeben, fallen in casu ausser Betracht, da es ein solches Grundverhältnis zwischen der ausstellenden Bank und dem ersten Nehmer in der Regel nicht gibt, vgl. auch § 8 III 1.

¹³⁵ Hueck/Canaris 33.

¹³⁶ Vgl. § 8 III 1.

herige Vereinbarung mit dem Besteller erworben haben, wie z.B. im Falle einer Schenkung, oder wenn der Zahlungspreis aus dem Grundverhältnis von den Parteien noch nicht genau festgelegt worden ist.

In diesen Fällen wäre es für den Besteller also sinnlos, den Bankcheckausstellungsvertrag wegen Irrtum anzufechten: da der Check selbst als Sachleistung nicht mehr restituierbar ist, käme höchstens noch ein Ausgleich über den Weg der ungerechtfertigten Bereicherung in Frage (Art. 62 ff. OR)¹³⁷ — eine solche gäbe es aber im vorliegenden Fall zwischen dem Besteller und der Bank gar nicht. Die Bank ist nicht ungerechtfertigt bereichert, wenn sie in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht einen formell gültigen Check einlöst. Der Besteller könnte sich höchstens an seinen Gläubiger aus dem Grundverhältnis, den ersten Checknehmer halten.

Redlichkeitsunbeständige Gültigkeitseinreden sind der Bank nur gegenüber gutgläubigen Checknehmern abgeschnitten. Nützt der erste Nehmer den Irrtum des Bestellers aus dem Bankcheckausstellungsvertrag absichtlich aus, ist er also bösgläubig, kann ihm die Bank einredeweise die Einlösung verweigern. Ein solch missbräuchliches Verhalten dürfte immer dann vorliegen, wenn der Checkbetrag wesentlich höher ist als die im Grundgeschäft vereinbarte Summe und der Nehmer trotzdem versucht, den Check einzulösen. Allerdings trägt die Bank die Beweislast für das missbräuchliche Verhalten des ersten Nehmers (Art. 8 ZGB), was ihr jeweils erhebliche Schwierigkeiten bereiten dürfte.

Das Recht der Bank, in solchen Fällen die Einlösung zu verweigern, ergibt sich aus dem allgemeinen Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) und stellt einen — freilich nur analogen — Anwendungsfall von Art. 1143 Z. 5 i.V. mit Art. 1007 OR dar. Analog deshalb, weil Art. 1007 OR diejenigen Fälle betrifft, wo der Rückgriffnehmer bewusst zum Nachteil desjenigen handelt, den er als Checkschuldner in Anspruch nehmen möchte¹³⁸. Im vorliegenden Fall aber handelt der Nehmer zum Nachteil des Bestellers, welcher nur im extrakambialen Innenverhältnis (Bankcheckausstellungsvertrag) den Checkbetrag schuldet. Der Sinn und Zweck des Art. 1007 OR besteht in einer Verstärkung des checkrechtlichen Verkehrsschutzes im Interesse der Rückgriffsschuldner¹³⁹. Er wirkt sich in erster Linie zum Schutze des Zweiterwerbers eines Checks aus, da der Checkaussteller gegenüber dem ersten Nehmer gewöhnlich ja alle Einreden aus dem persönlichen Verhältnis geltend machen kann¹⁴⁰. Was die Möglichkeit der Einreden betrifft, ist der Erstnehmer eines trassiert-eigenen Bankchecks im hier betrachteten Fall dem Zweitnehmer des Kundenchecks gleichgestellt, da ja der Check zuerst durch die Hände des Bestellers gegangen ist. Die den

¹³⁷ Bucher 189.

¹³⁸ Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 45.

¹³⁹ Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 47.

¹⁴⁰ Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 47; Baumbach/Hefermehl, Art. 17 WG N 1.

trassiert-eigenen Bankchecks eigene Begebung¹⁴¹ hat bekanntlich zur Folge, dass bereits dem ersten Nehmer gegenüber die Einreden der Bank weitgehend ausgeschlossen sind. Wenn nun dieser bewusst zum Nachteil des Bestellers den Check einlösen will, so verdient er nicht mehr Schutz als der Nehmer, welcher die Schädigung eines Checkschuldners beabsichtigt. Sobald ein Checknehmer Missbrauch treibt und den Check mit bewusster Schädigungsabsicht¹⁴² einzulösen versucht, so kann ihm die Zahlung deshalb auch hier grundsätzlich verweigert werden.

Wird nun also der Bankcheckausstellungsvertrag vom Besteller rechtzeitig wegen Willensmangels angefochten, sind beide Parteien gemäss Art. 23 OR gehalten, den vorvertraglichen Zustand wiederherzustellen. Für die Bank hat dies zur Folge, dass sie unter den Voraussetzungen des Art. 1007 OR verpflichtet ist, die Checkeinlösung einredeweise zu verweigern und dem Besteller den Checkbetrag zurückzuerstatten. Angesichts der in der Regel sehr schwierigen Beweislage wird sie sich aber vorab vom Besteller eine Schadloserklärung unterzeichnen lassen, die sie vor allfälligen mit der Zahlungsverweigerung verbundenen Verlusten sichern soll¹⁴³.

II. Täuschung und Furchterregung

1. Der Tatbestand

Auch die Täuschungssituation weist eine grosse Ähnlichkeit auf mit dem entsprechenden Sachverhalt beim Girovertrag. Dasselbe gilt für die widerrechtliche Drohung¹⁴⁴. Während die von einem Dritten begangene Täuschung nur beachtlich ist, wenn der Vertragspartner sie zur Zeit des Vertragsabschlusses "gekannt hat oder hätte kennen sollen" (Art. 28 Abs. 1 OR), ist die begründete Furchterregung grundsätzlich immer beachtlich, ob sie vom Vertragspartner oder von einem Dritten ausgeht (Art. 29 Abs. 1 OR)¹⁴⁵.

Eine Täuschungssituation ist etwa bei folgendem Sachverhalt vorstellbar: die eine Partei (meistens der Besteller) wird von einer Drittperson

¹⁴¹ Vgl. § 8 III.

¹⁴² Das oben erwähnte Postulat des erhöhten Verkehrsschutzes im Checkrecht verlangt aber jeweils eine effektive Schädigungsabsicht auf seiten des Nehmers; grobe Fahrlässigkeit genügt demzufolge nicht, vgl. Zimmermann, Anh. Art. 1143 Z. 5 OR N 53; Baumbach/Hefermehl, Art. 17 WG N 8.

¹⁴³ Vgl. dazu ausführlich § 27 II 2 b.

¹⁴⁴ Vgl. dazu ausführlich zum Girovertrag Helbig 117ff.

¹⁴⁵ Becker, Art. 29 OR N 1.

(dem ersten Nehmer) unter arglistiger Angabe falscher Tatsachen veranlasst, sich von einer Bank einen Bankcheck ausstellen zu lassen¹⁴⁶.

Um den Vertrag erfolgreich anzufechten, müsste der Besteller den schwierigen Beweis erbringen, dass der Bank mindestens ein "Kennenmüssen" (Art. 28 Abs. 2 OR) vorgeworfen werden kann. Rechtlich eindeutig, wenn auch unwahrscheinlich ist der Fall, dass die Bank selbst den Besteller getäuscht hat: dann ist der Bankcheckausstellungsvertrag für diesen ohne weiteres anfechtbar.

2. Die Wirkungen von Täuschung und Furchterregung

Die Wirkungen von Täuschung und Furchterregung stimmen grundsätzlich mit den Rechtsfolgen eines an Irrtum leidenden Vertrages überein. Der Vertrag ist für den Getäuschten bzw. den Bedrohten einseitig anfechtbar¹⁴⁷, und zwar binnen Jahresfrist nach der Entdeckung der Täuschung bzw. Beseitigung der Bedrohung (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR).

Was für den Irrtum nur bei rechtsmissbräuchlicher Präsentierung des Checks durch den ersten Nehmer gilt, wird hier zum Grundsatz: da dem Nehmer widerrechtliches Handeln nachgewiesen werden kann, ist die Bank ohne weiteres zur Verweigerung der Einlösung berechtigt, da der Nehmer in solchen Fällen natürlich bewusst zum Nachteil des Bestellers handelt.

War die Bank selbst täuschende Partei, ist sie je nachdem zur Einlösung des Checks verpflichtet, muss dem Besteller jedoch den vorgeleisteten Checkbetrag zurückerstatten (Art. 28 OR).

¹⁴⁶ Beispiel: Zur finanziellen Beteiligung an einem wirtschaftlichen Projekt, vgl. Helbig 117.

¹⁴⁷ Vgl. Bucher 184f.

§ 21 Verfügungsberechtigung, Vollmacht, Handlungsfähigkeit, Unterschriften- und Legitimationsprüfung

Was die Vollmacht des Bestellers, dessen Verfügungsberechtigung und Handlungsfähigkeit, sowie die Unterschriften- und Legitimationsprüfung durch die Bank betrifft, so unterscheidet sich die rechtliche Lage je nachdem, ob zwischen der Bank und dem Besteller bereits ein bankenvertragliches Verhältnis bestanden hat oder nicht. Im ersten Fall finden unter den bereits erwähnten Voraussetzungen¹⁴⁸ die AGB der Banken, im zweiten Fall das Gesetzesrecht Anwendung. Es handelt sich hier aber um Probleme des allgemeinen Bankenvertragsrechts und nicht um spezifische Fragen des Bankcheckausstellungsvertrags, weshalb auf deren Behandlung an dieser Stelle verzichtet wird¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Vgl. § 18 III 2 b.

¹⁴⁹ Vgl. aus der Literatur zum Bankenvertragsrecht: Erb 44 ff., 125 ff.; Kleiner 9 ff., 22 ff.; Nobel 287 ff.; Perrin, Sem.jud. 1973, 212; Forstmoser, AGB und ihre Bedeutung, 24 ff. mit weiteren Hinweisen.

4. Kapitel

Probleme der Vertragswirkungen

1. Abschnitt: Die Rechtsstellung der Bank

§ 22 Die Pflicht zur Checkausstellung

I. Gehörige Erfüllung

Die Pflicht zur Checkausstellung stellt die notwendige Voraussetzung dar, damit die Bank ihre zweite Hauptpflicht, die Checkeinlösung, überhaupt erfüllen kann. Die Bank bewirkt die geschuldete Checkausstellung in gehöriger Weise, wenn sie den Check mit dem vom Besteller verlangten Inhalt versehen und den Formerfordernissen gemäss Art. 1100 OR in den Verkehr setzt.

Probleme können sich hier bezüglich der Datierung des Checks ergeben (Art. 1100 Ziff. 5 OR): es stellt sich nämlich die Frage, ob die Bank im Sinne einer Nebenleistung nach Treu und Glauben dazu verpflichtet ist, inländische Eigenwährungsschecks, welche nach dem Ausland versandt werden, so vorzudatieren¹⁵⁰, dass die Vorlegungsfrist bis zur Einlösung des Checks in der Schweiz eingehalten werden kann. Denkbar ist eine solche Pflicht zum vorneherein nur in den Fällen, wo die Bank überhaupt weiss oder feststellen kann, dass der Check vor der Einlösung den Weg über das Ausland machen muss.

Die Bank befindet sich hier in einem Interessenkonflikt: soll sie sich an den vom Gesetzgeber vorgesehenen Zweck halten und den Check mit dem

¹⁵⁰ Vgl. § 7 IV 4 b.

wirklichen Tag der Ausstellung datieren oder soll sie das Interesse ihres Vertragspartners und auch der Checknehmer voranstellen und den Check vordatieren? Es wurde bereits an anderer Stelle festgehalten¹⁵¹, dass das Checkgesetz der Vordatierung zwar nicht freundlich gegenübersteht, sie jedoch immerhin toleriert. Es kann vorweg genommen werden, dass ein eigentlicher Anspruch des Bestellers auf Vordatierung angesichts dieser rechtlichen Lage zu weit führen würde. Auf der anderen Seite obliegen der Bank nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ihren Kunden gegenüber gewisse Aufklärungs- und Raterteilungspflichten. Der Durchschnittskunde, welcher für die ausländische Zirkulation bestimmte trassiert-eigene Eigenwährungsschecks erwirbt, wird die damit verbundenen Probleme bezüglich des vorzeitigen Ablaufs der Vorlegungsfrist gar nicht kennen. Deshalb ist die Bank nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verpflichtet, den Kunden auf Grund ihrer Sachkenntnis darüber zu informieren. Dies entspricht auch der Formel des Bundesgerichts, wonach für die Parteien zu Beginn der Vertragsverhandlungen die Pflicht besteht, einander in gewissem Mass Aufklärung über Tatsachen zu geben, welche für den Entschluss der Gegenpartei von ausschlaggebender Bedeutung sind¹⁵². Eine solche Pflicht trifft in erhöhtem Masse diejenige Partei, welche eine "zweideutige Rechtslage geschaffen hat". Sie ist "verpflichtet, auf die Unklarheit und auf seine Deutung aufmerksam zu machen, wenn er nicht den Anspruch auf deren Durchsetzung verwirken will"¹⁵³.

Gerade in den Fällen, wo der Besteller die Bank heisst, einen Eigenwährungsscheck auszustellen und an einen Nehmer ins Ausland zu versenden, muss ihn letztere deshalb darüber informieren, dass das Papier bis zur Einlösung in der Schweiz infolge Ablaufs der Vorlegungsfrist frei widerruflich sein wird und dementsprechend an Qualität verliert.

II. Rechtsfolgen nichtgehöriger Erfüllung

Wie weiter oben¹⁵⁴ gezeigt wurde, lässt sich die Ausstellung eines Checks dem typischen Werk im Sinne der Art. 363 ff. OR zuordnen. Die Bank haftet wie ein Werkunternehmer für den Erfolg, den sie mit der Checkausstellung verspricht. Wie im folgenden zu zeigen ist, kann für die Rechtsanwendung Art. 368 Abs. 1 OR analog¹⁵⁵ herbeigezogen werden, sofern der Erfül-

¹⁵¹ Vgl. § 7 IV 4 b.

¹⁵² BGE 68 II 302 ff., 101 I b 432.

¹⁵³ Merz, Art. 2 ZGB N 275.

¹⁵⁴ Vgl. § 17 III 2.

¹⁵⁵ Nach dem Analogieverfahren, vgl. § 18 III 3.

lungsgegenstand, der Check als ein Wertpapier des öffentlichen Glaubens dies zulässt; demgemäss muss die Bank dem Besteller für Abweichungen vom vereinbarten Vertragsinhalt, sowie für die Brauchbarkeit des abgelieferten Werkes einstehen. Ersteres ist der Fall, wenn der Check unvollständig (nicht den Voraussetzungen von Art. 1100 OR entsprechend) oder inhaltlich falsch ausgestellt wird. Dem Check fehlt die für den Besteller nötige Brauchbarkeit, wenn er gewisse Mängel aufweist, wie z.B., wenn er ohne vorherige Mitteilung der Bank nicht vordatiert worden ist.

Die Rechtsfolgen einer nichtgehörigen Erfüllung unterscheiden sich je nachdem, ob der Besteller den Check noch in den Händen hält, oder ob die Bank selbst die Begebung an den ersten Nehmer übernommen hat. Im ersten Fall bietet sich eine analoge Anwendung der werkvertraglichen Sachgewährleistungsbestimmung (Art. 368 OR) zwangslos an. Wurde der Check von der Bank inhaltlich oder formell falsch ausgestellt, so kann der Besteller analog Art. 368 Abs. 2 OR vom Recht auf unentgeltliche Nachbesserung Gebrauch machen. Das bedeutet hier, dass die Bank den Check zurücknimmt und — sofern noch möglich — vollständig ausstellt (z.B. durch Anbringen eines fehlenden Formerfordernisses) oder aber vernichtet und einen neuen Check herausgibt (Beispiele: richtiger Checkbetrag; neues, vordatiertes Ausstellungsdatum). Denkbar ist auch, dass eine Nachbesserung für den Besteller nicht mehr in Frage kommt, weil sein Gläubiger auf sofortige Erfüllung drängt und er diesen anderswie befriedigen muss (Beispiel: der Besteller erhält den Check von der Bank via Post zugesandt und hat keine Zeit mehr, sofortige Nachbesserung von der Bank zu verlangen). In einem solchen Fall ist der mangelhafte Check für den Besteller völlig unbrauchbar geworden, weshalb er — wiederum in analoger Anwendung von Art. 368 Abs. 2 OR — der Bank die Wandelung erklären wird. Die Bank muss den Check zurücknehmen und dem Besteller den bereits vorgeleisteten Geldbetrag (Checksumme und Einheitsgebühr) wieder zurückerstatten. Trifft in all diesen Fällen die Bank ein Verschulden (was in der Regel zutreffen dürfte), muss sie dem Besteller überdies kumulativ für die Mangelfolgeschäden¹⁵⁶ Schadenersatz leisten. Solche Schäden können dem Besteller aus dem Grundverhältnis zum ersten Nehmer entstehen, das er nur verspätet oder überhaupt nicht mehr erfüllen konnte.

Hat der Besteller die Bank mit der Versendung des Checks an den ersten Nehmer beauftragt, so fällt ein Wandlungs- oder Nachbesserungsanspruch zum vorneherein ausser Betracht, wenn der Check formgerecht, jedoch inhaltlich falsch ausgestellt wurde. Mit der Besitznahme der Urkunde durch den ersten Nehmer darf der gutgläubige Verkehr auf den so entstandenen Rechtsschein vertrauen¹⁵⁷. Vorbehältlich der Bösgläubigkeit eines

¹⁵⁶ Bucher, Skriptum OR bes. Teil 124.

¹⁵⁷ Vgl. auch § 20 I 2 b.

Checknehmers muss die Bank jetzt in ihrer unabdingbaren gesetzlichen Einstandspflicht den Check so einlösen, wie er ihr vorgelegt wird. Dazu möchte ich zwei Beispiele anführen:

- Die Bank begibt einen Check, den sie weisungswidrig mit einem zu niedrigen Checkbetrag versehen hat (z.B. anstatt Fr. 1000.— nur Fr. 100.—). In einem solchen Fall bietet sich dem Besteller eine Minderung in analoger Anwendung von Art. 368 Abs. 2 OR an, da er ja jetzt weder wandeln noch von der Bank eine Nachbesserung beanspruchen kann. Er wird deshalb von der Bank die Differenz zwischen dem von ihm vorgeleisteten Geldbetrag und der Checksumme herausverlangen. Auch hier kann er bei Verschulden der Bank überdies Schadenersatz für den eingetretenen Folgeschaden geltend machen.
- Denkbar wäre auch der umgekehrte Fall, wo die Bank versehentlich einen zu hohen Checkbetrag auf die Urkunde setzt (Fr. 1000.— anstatt Fr. 100.—). In einem solchen Fall versagen die spezifisch werkvertraglichen Sachgewährleistungsbehelfe. Solche drängen sich indessen auch gar nicht auf, da hier der Besteller keinen Schaden erleiden kann. Ein Schaden tritt vielmehr bei der Bank ein, welche einen Check auszahlen muss, für den sie vorher bloss teilweise Deckung erhielt. Es versteht sich von selbst, dass sie den Schaden, den sie selbst verschuldet hat, im Verhältnis zum Besteller selbst tragen muss. Hier käme somit höchstens noch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 63 Abs. 1 OR, Zahlung einer Nichtschuld) in Betracht. Die Liquidation solcher bereicherungsrechtlicher Ansprüche liesse sich jedoch nur über das in der Schweiz noch weitgehend unbekannte Institut der Drittschadensliquidation¹⁵⁸ erledigen: Bereichert ist im vorliegenden Fall ja der erste Nehmer; diesem gegenüber — Gutgläubigkeit vorausgesetzt — sind jedoch der Bank jegliche Kondiktionsansprüche verwehrt, da die Checkeinlösung nicht etwa grundlos im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR¹⁵⁹, sondern vielmehr in Erfüllung einer abstrakten gesetzlichen Einstandspflicht erfolgte. Die “grundlose” Bereicherung fand demgegenüber im Verhältnis zum Besteller statt, welcher seine Geldschuld mit einem Check erfüllt hat, der den vereinbarten Preis übersteigt. Der Besteller seinerseits hätte natürlich keine Veranlassung zur Anstrengung einer Bereicherungsklage, da er in keiner Weise entreichert wurde. Die Lösung dieses Problems auf Grund einer Drittschadensliquidation würde nun darin bestehen, dass das Drittinteresse der Bank kraft ergänzenden Rechts¹⁶⁰ in den Schutz der Vertragspflicht des Bestellers aus dem Bankcheckausstellungsvertrag einbezogen würde; der Besteller

¹⁵⁸ Vgl. von Tuhr/Escher 110; Bucher 309; vgl. aus der deutschen Lehre: von Caemmerer, ZBJV 1964, 341 ff.

¹⁵⁹ Vgl. zum Begriff des Leistungsgrundes Bucher 612.

¹⁶⁰ Von Caemmerer, ZBJV 1964, 355.

hätte den formell bestehenden Bereicherungsanspruch gegenüber seinem Gläubiger der Bank abzutreten. In der Schweiz liesse sich eine derartige Liquidation gegenseitiger Schadensansprüche vorderhand nur nach den allgemeinen Regeln von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) durchführen. Eine weitergehende rechtliche Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts kann an dieser Stelle leider nicht vorgenommen werden.

§ 23 Die Pflicht zur Checkeinlösung

I. Die Eigenart der Checkeinlösung

Sobald der Nehmer seinen Check vorweist, wird die Verpflichtung der bezogenen Bank ausgelöst, der in der Vorweisung des Checks zu sehenden Ermächtigung gemäss den Checkbetrag auszuzahlen¹⁶¹.

Dogmatisch liegt hier eine sogenannte Rechtsbedingung (*condicio juris*) vor, d.h. eine Tatsache, welche kraft gesetzlicher Vorschrift oder naturgemäss zu einem Rechtsgeschäft dazutreten muss, damit dieses seine Wirkungen entfalten kann¹⁶². Für den vorliegenden Fall ergibt sich diese *condicio juris* aus dem allgemeinen Wertpapierrecht, wonach der Schuldner aus einem Wertpapier nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet ist (Art. 966 OR); sodann bestimmt Art. 1115 OR, dass ein Check nur bei Sicht zahlbar ist.

II. Die Dauer der Einlösungspflicht

1. Einleitung

Es wurde bereits an anderer Stelle festgehalten, dass die Einlösungspflicht der Bank unabhängig von allfälligen vertraglichen Vereinbarungen z.T. durch zwingendes Wertpapier- und Checkrecht vorgegeben ist¹⁶³.

¹⁶¹ Wentzel 53.

¹⁶² Vgl. von Tuhr/Peter 259

¹⁶³ Vgl. § 18 III 3.

Dies äussert sich einmal darin, dass diese Pflicht wie gesagt nur solange besteht, als sich ein Nehmer mit der Urkunde legitimieren kann (Art. 966, 1115 OR). Weiter muss die Urkunde ein Recht verbrieften (Art. 965 OR), welches im Augenblick der Einreichung noch Bestand hat und nicht aus irgendwelchen Gründen untergegangen ist (z.B. infolge Kraftloserklärung oder Widerrufs).

Für den Bankcheckausstellungsvertrag bedeutet dies, dass die Bank — mangels gegenteiliger Vereinbarung¹⁶⁴ — dem Besteller solange zur Einlösung verpflichtet bleibt, als der Nehmer einen gültigen Check vorweisen kann. Die im Check verbrieften Zahlungsanweisung erfährt in ihrer Durchsetzbarkeit mit dem Zeitablauf gewisse Änderungen, welche sich in drei Phasen gliedern lassen: die Dauer der Vorlegungsfrist (2.), die Zeit vom Ablauf der Vorlegungsfrist bis zur Verjährung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (3.) und schliesslich die Phase nach der Verjährung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (4.).

2. Die Einlösungspflicht während der Vorlegungsfrist

Der Zweck der kurzen Vorlegungsfristen in Art. 1116 OR besteht darin, den Check zu einem schnell realisierbaren Zahlungsmittel zu machen¹⁶⁵. Nur während dieser Zeit (6, 20 bzw. 70 Tage) ist die Vermögensmacht des Nehmers durch den strengen Checkregress des Ausstellers, der Indossanten und der übrigen Checkverpflichteten gesichert. Weiter ist der Check in dieser Zeit nur beschränkt widerruflich: der Aussteller muss das Abhandenkommen des Checks behaupten (Art. 1119 Abs. 3 OR), um dem Bezogenen die Einlösung verbieten zu können. Wird der Check von einem Nehmer rechtzeitig bei der Bank vorgelegt und präsentiert, so verjähren seine Rückgriffsansprüche gegen die Indossanten, den Aussteller und die anderen Checkverpflichteten in sechs Monaten vom Ablauf der Vorlegungsfrist. Die Rückgriffsansprüche eines Checkverpflichteten seinerseits verjähren ebenfalls in sechs Monaten, und zwar von dem Tag, an dem er den Check eingelöst hat oder dieser ihm gegenüber gerichtlich geltend gemacht worden ist (Art. 1134 Abs. 1 und 2 OR). Während die Vorlegungsfristen nach Art. 1116 OR Verwirkungsfristen sind, welche schlechthin unerlässlich sind für die Erhaltung des Rückgriffsrechts¹⁶⁶, stellen die darauffolgenden sechsmonatigen Fristen Verjährungsfristen dar, die dem in Anspruch genommenen Regressar eine entsprechende Einrede begründen¹⁶⁷. Nimmt also der Nehmer im Nichteinlösungsfall seine Diligenzpflichten wahr, so verlängert sich

¹⁶⁴ Vgl. § 27 II 2 b.

¹⁶⁵ Vgl. § 7 IV 3.

¹⁶⁶ Zimmermann, Art. 1116 OR N 5.

¹⁶⁷ Zimmermann, Art. 1134 OR N 5; gl.A. für das deutsche Recht: Baumbach/Hefermehl, Art. 52 SchG N 2.

die Dauer der Regresspflicht der Bank um diese entsprechenden Verjährungsfristen. Diese Fristen können theoretisch länger ausfallen, je nachdem wie viele Checkverpflichtete in Anspruch genommen werden.

Die mit dem Regressrecht verbundene Sicherung der Vermögensmacht wird beim trassiert-eigenen Bankcheck noch dadurch erhöht, dass die bezogene Bank infolge personeller Identität mit dem Aussteller dem Nehmer gegenüber unmittelbar verpflichtet ist und darum ein Widerruf praktisch sinnlos ist.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Bank während der Vorlegungsfrist und bis zur Verjährung allfälliger Regressansprüche dem berechtigten Nehmer von Gesetzes wegen zwingend zur Einlösung verpflichtet ist, und demgemäss jede abweichende interne Vereinbarung mit dem Besteller im externen checkrechtlichen Verhältnis unverbindlich wäre¹⁶⁸.

3. Die Einlösungspflicht vom Ablauf der Vorlegungsfrist bis zur Verjährung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung

a) Das check- und wechselrechtliche Bereicherungsrecht

Nach Ablauf der Vorlegungsfrist wird das durch die Urkunde verbriefte Recht insofern geschwächt, als der Aussteller jetzt die Zahlungsanweisung frei widerrufen darf (Art. 1119 Abs. 1 OR). Die Vermögensmacht des Nehmers büsst dadurch viel von ihrer rechtlichen Durchsetzbarkeit ein, da sie nicht mehr durch den strengen Checkregress gesichert ist (Art. 1128 ff. OR). Immerhin wird dadurch die Gültigkeit der checkrechtlich verbrieften Zahlungsanweisung in keiner Weise beeinflusst. Solange ein Check nicht widerrufen ist, bleibt der Bezogene grundsätzlich zur Zahlung ermächtigt (Art. 1119 Abs. 2 OR). Nach Ablauf der Vorlegungsfrist verliert der Check jedoch seine Rechtsnatur als gesetzliches Orderpapier. Art. 1113 Abs. 1 OR bestimmt nämlich, dass ein Indossament, welches nach Ablauf der Vorlegungsfrist auf den Check gesetzt wird, nur noch die Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung hat. M.a.W. wird der Check von jetzt an gleich behandelt wie ein Namenpapier (Art. 1108 Abs. 2 OR). Die wichtigste Folge davon ist, dass beim Namencheck infolge der Abtretung der spezifisch check- und wechsellässige Rechtsschutz wegfällt¹⁶⁹. Die Legitimations- und die Transportfunktion eines Indossaments, welche einen weitgehenden Einredeausschluss (vgl. Art. 1007 OR) zum Nachteil des Verpflichteten bewirken, gelten jetzt nicht mehr. Der letzte Checkgläubiger, der die vollen Checkrechte hat, ist der erste Nachindossant¹⁷⁰; mehr Rechte als

¹⁶⁸ Zimmermann, Art. 1116 OR N 21; Baumbach/Hefermehl, Art. 29 SchG N 3.

¹⁶⁹ Zimmermann, Art. 1108 OR N 5.

¹⁷⁰ Baumbach/Hefermehl, Art. 20 WG N 4.

ihm zustehen, kann kein Nachmann mehr erwerben. Dementsprechend kann der Verpflichtete jetzt auch jedem Nachindossatar die Einreden entgegenhalten, die bereits gegen einen vorhergehenden Indossatar begründet waren¹⁷¹.

Um das verbriefte Recht nicht völlig gegenstandslos werden zu lassen und den Nehmer nicht gänzlich der Willkür des Ausstellers auszuliefern, bestimmt Art. 1143 i.V. mit Art. 1052 OR, dass der Checkaussteller dem Nehmer auch nach Ablauf der Vorlegungsfrist verpflichtet bleibt, soweit er zum Schaden des letzteren ungerechtfertigt bereichert ist, auch wenn die checkrechtliche Verpflichtung infolge Verwirkung (Art. 1129 OR) oder Verjährung (Art. 1134 OR) erloschen ist.

Art. 1052 OR ist nicht Bestand der Genfer Ordnung; die Regelung des Bereicherungsrechts wurde gemäss Art. 25 der Anl. II zum eChG den einzelnen Vertragsstaaten vorbehalten¹⁷². Trotz des gleichlautenden Namens ist der checkrechtliche Bereicherungsanspruch verschieden von demjenigen des Zivilrechts (Art. 62 ff. OR) und ist auch keine Unterart des letzteren¹⁷³. Diese Verschiedenheit äussert sich bereits in seiner Entstehung: im allgemeinen Bereicherungsrecht gilt der Grundsatz, dass ein verwirkter oder unvollkommener (d.h. mit einer Einrede behafteter) Anspruch nicht auf dem Wege der ungerechtfertigten Bereicherung geltend gemacht werden kann (Art. 63 Abs. 2 OR)¹⁷⁴. Der Wechsel- bzw. Checknehmer hingegen erleidet gemäss Art. 1052 OR gerade dadurch einen Verlust, dass er seinen Anspruch infolge Präklusion (Verwirkung) oder Verjährung verliert¹⁷⁵. Der Sinn des (wechsel- bzw. checkrechtlichen) Bereicherungsanspruchs besteht aber gerade darin, die wechsel- und checkrechtliche Formenstrenge zu mildern¹⁷⁶.

Mit Zimmermann¹⁷⁷ ist festzustellen, dass der Bereicherungsanspruch auf Grund des blossen, sich aus der Präklusion oder Verjährung des Rückgriffsanspruchs ergebenden Rechtsverlusts des letzten Inhabers der Urkunde entsteht. M.a.W. ist jegliche Subsidiarität des Anspruchs gegenüber allfälligen zivilen Forderungen zu verneinen¹⁷⁸. Nach Art. 1052 OR ist

¹⁷¹ Vgl. auch Zimmermann, Art. 1108 OR N 5.

¹⁷² Art. 25 Anl. II eChG lautet: "Jeder der Hohen Vertragsschliessenden Teile kann bestimmen, dass in seinem Gebiete in den Fällen des Rückgriffsverlustes oder der Verjährung ein Anspruch gegen den Aussteller, der keine Deckung geleistet hat, oder gegen den Aussteller oder Indossanten, der sich ungerechtfertigt bereichern würde, bestehen bleibt".

¹⁷³ Zimmermann, Anh. zu Art. 1143 OR Z. 14 N 5; Jacobi 944; Merz 75 ff.; Rehfeldt/Zöllner 111 ff.; Baumbach/Hefermehl, Art. 89 WG N 1, Art. 58 SchG N 1.

¹⁷⁴ Oser/Schönenberger, Art. 62 OR N 11; Bucher 624 f.; Guhl/Merz/Kummer 200.

¹⁷⁵ Merz 78 ff.; Zimmermann, Anh. zu Art. 1143 Z. 14 N 11, N 14 a.

¹⁷⁶ Guhl/Merz/Kummer 197.

¹⁷⁷ Anh. zu Art. 1143 Z. 14 OR N 16.

¹⁷⁸ So die herrschende Lehre: Zimmermann, Art. 1143 OR Z. 14 N 16; Baumbach/Hefermehl, Art. 89 WG N 5; Rehfeldt/Zöllner 112; Hueck/Canaris 126; Ulmer 271; a.A.: Merz 62 ff.; Quassowski/Albrecht, Art. 58 SchG N 7.

der Wechsel-(Check) Inhaber zur Stellung des Bereicherungsanspruchs berechtigt, d.h. also die aus der gültigen Urkunde legitimierte Person¹⁷⁹. Der Wortlaut dieser Bestimmung besagt somit eindeutig, dass auch der Bereicherungsanspruch — obwohl er den Checknehmer nicht im selben, spezifisch checkrechtlichen Masse sicherstellt wie der verwirkte Regressanspruch — ein solcher aus dem Check ist; demnach wäre es auch unlogisch, diese abstrakte Forderung plötzlich wieder vor einem allfälligen zivilrechtlichen Anspruch zurücktreten zu lassen¹⁸⁰.

Wichtig im Hinblick auf die Einlöschungspflicht der Bank aus dem Bankcheckausstellungsvertrag ist die Frage nach der Verjährung des Bereicherungsanspruchs gegenüber dem Aussteller. Während unsere Gesetzgebung diese Frage nicht regelt, sieht das deutsche Recht eine kurze Verjährungsfrist von einem Jahr vor (Art. 58 Abs. 2 SchG).

Das Bundesgericht erklärte in zwei Entscheiden¹⁸¹ die zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 127 OR als anwendbar, wonach mit dem Ablauf von zehn Jahren alle Forderungen verjähren, "für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt." Die Lehre¹⁸² hingegen greift auf die Sonderbestimmung des Art. 67 OR zurück, der für die zivilrechtliche Bereicherungsklage die einjährige Verjährungsfrist vorsieht.

Auch wenn das wechsel- bzw. checkrechtliche Bereicherungsrecht als solches unabhängig ist vom Bereicherungsrecht der Art. 62ff. OR, verdient letztere Auffassung den Vorzug. Zweifellos würde die Verbindlichkeit der zehnjährigen Frist der ratio legis der wechsel- und checkrechtlichen Bestimmungen widersprechen: nur die einjährige Verjährungsfrist des Art. 67 OR vermag dem gesetzlichen Postulat nach einer möglichst raschen Beendigung des Umlaufs des Checks gerecht zu werden. Auch wenn die Voraussetzungen in Art. 1052 OR verschieden von jenen der Art. 62ff. OR sind, muss der Anspruch des Art. 1052 OR von seinem materiellen Gehalt her dem Bereicherungsrecht zugeordnet werden. Eine Anwendbarkeit von Art. 127 OR hätte das unbefriedigende Ergebnis, dass der Check- bzw. Wechselbereicherte schlechter gestellt wäre als der nach Art. 62ff. OR Bereicherte; schliesslich bedurfte es ja bereits "einer Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes (Bereicherung trotz Präklusion oder Verjährung des Rückgriffsanspruchs), um jenen überhaupt noch belangen zu können"¹⁸³.

¹⁷⁹ Rehfeldt/Zöllner 111; Baumbach/Hefermehl, Art. 89 WG N 3; Zimmermann, Anh. Art. 1143 OR Z. 14 N 7.

¹⁸⁰ Eingehende Begründung bei Zimmermann, Anh. Art. 1143 OR Z. 14 N 16.

¹⁸¹ BGE 53 II 119; 67 II 176.

¹⁸² Merz 80f.; Zimmermann, Anh. Art. 1143 OR Z. 14 N 33; a.A. Vieli 232.

¹⁸³ Merz 81 mit weiteren Hinweisen.

In analoger Anwendung von Art. 67 OR unterliegt somit auch der Bereicherungsanspruch des Checkinhabers der relativen Verjährungsfrist von einem Jahr bzw. der absoluten Frist von zehn Jahren¹⁸⁴.

b) Folgerungen für den Bankcheckausstellungsvertrag

Eine Pflicht der Bank zur Checkeinlösung kann nur solange bestehen, als eine gültige wertpapierrechtlich verbrieft Zahlungsanweisung vorliegt. Aus den vorstehenden Erläuterungen geht hervor, dass dem auch noch nach dem Ablauf der Vorlegungsfrist so ist. Ungeachtet der freien Widerruflichkeit bleibt jeder legitimierte Inhaber zur Präsentierung der Urkunde ermächtigt (Art. 1119 Abs. 2 OR). Solange kein Grund zu einem Checkwiderruf gegeben ist, macht es für die Bank überhaupt keinen Unterschied, ob sie den Check vor oder nach dem Ablauf der Vorlegungsfrist einlöst.

Auch die Tatsache, dass einem Checknehmer im Nichteinlösungsfalle nur noch die Bereicherungsklage offensteht, ändert nichts an der Verpflichtung der Bank gegenüber dem Besteller.

Während die kurzen Vorlegungsfristen eine rasche Zirkulation des Checks bezwecken, verhindert die Bereicherungshaftung, dass Art. 1119 Abs. 2 OR gegenstandslos wird; ein legitimierter Inhaber soll den Check auch nach Ablauf der Vorlegungsfrist noch einlösen können, ohne der Willkür des Ausstellers ausgeliefert zu sein.

Diese Rechtslage ist denn auch entscheidend für die Einlösungspflicht der Bank aus dem Bankcheckausstellungsvertrag: da in der Regel keine anderslautende Verabredung vorliegt, bleibt die Bank dem Besteller auch nach dem Ablauf der Vorlegungsfrist zur Checkeinlösung verpflichtet, zumindest solange, als eine rechtsgültige Zahlungsanweisung vorliegt.

4. Die Einlösungspflicht nach Verjährung des Bereicherungsanspruchs

In aller Regel verjährt der checkrechtliche Bereicherungsanspruch nach der relativen Frist von einem Jahr¹⁸⁵. Von diesem Zeitpunkt an bleibt nur noch eine unvollkommene Obligation übrig, deren Erfüllung die Bank dem Nehmer einredeweise verweigern kann. Als solche bleibt jedoch die im Check verbrieft Zahlungsanweisung der Bank (an sich selbst) gültig: letztere bleibt zur Einlösung des Checkbetrages berechtigt.

Vom Augenblick der Verjährung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung an, sobald also die Bank dem Nehmer die Einlösung verwei-

¹⁸⁴ In der Regel wird aber der Inhaber bereits mit der Entstehung des Bereicherungsanspruchs von diesem erfahren, da er zu diesem Zeitpunkt den Check besitzt. Die Geltendmachung des Anspruchs bis zum Ablauf von 10 Jahren ist bis auf wenige Ausnahmefälle hin ausgeschlossen, vgl. Zimmermann, Anh. Art. 1143 OR Z. 14 N 33.

¹⁸⁵ Vgl. vorstehend 3 a.

gern könnte, ohne befürchten zu müssen, dass letzterer in irgendwelcher Form auf sie zurückgreift, wird entschieden, wie lange die Bank noch dem Besteller zur Einlösung verpflichtet bleibt. Solange das Gesetz nichts anderes bestimmt oder die Parteien nichts vereinbaren, gilt für die Erfüllung von Verträgen die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 127 OR. Nicht anders muss für den Bankcheckausstellungsvertrag entschieden werden: der Anspruch des Bestellers auf Einlösung des Checks verjährt mit dem Ablauf von zehn Jahren seit dem Tag der Checkausstellung¹⁸⁶. Die Interessenlage gebietet hier denn auch eine andere Rechtsanwendung als beim Bereicherungsrecht. Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung betrifft nur das Verhältnis zwischen der Bank und den Checknehmern. Dort muss der Grundsatz, wonach der Check zu möglichst rascher Realisierung bestimmt ist¹⁸⁷, uneingeschränkt gelten. Anders beim Bankcheckausstellungsvertrag: dieses Verhältnis hat eine rein interne Bedeutung, weshalb dem Besteller auch keine Rechte aus dem Check zustehen¹⁸⁸. Für den Besteller ist es deshalb auch unmöglich, von sich aus den Checkkreislauf zu beenden; so kann er den einmal begebenen Check weder von sich aus widerrufen, noch bei der Bank einlösen¹⁸⁹. Das Vertrauen, welches er mit der Vorzahlung des Checkbetrages in die Bank setzt, rechtfertigt somit einzig die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 OR. Dies entspricht auch den Gepflogenheiten des Verkehrs, wonach beim Erwerb eines Checks die Güte der Ausstellerunterschrift viel mehr ins Gewicht fällt als die rechtlichen Vorzüge dieses Zahlungspapiers¹⁹⁰. Deshalb ist es auch keine Seltenheit, dass "Prima"-Bankchecks noch mehrere Jahre nach dem Ausstellungsdatum vorgelegt und von der Bank anstandslos eingelöst werden¹⁹¹.

Mit dem Ablauf von zehn Jahren wird also auch die Verpflichtung der Bank gegenüber dem Besteller zur unvollkommenen Obligation. Da die Bank im externen, also checkrechtlichen Verhältnis nach dem Ablauf der Bereicherungsfrist frei wird, könnte man sich fragen, ob es ihre Pflicht sei, bei einer Einreichung des Checks den Besteller rückzufragen, ob er die Einlösung jetzt noch zulasse. Eine solche Pflicht ist aber m.E. zu verneinen und ist denn auch der Praxis unbekannt. Da nach wie vor eine rechtsgültige — wenn auch unvollkommene — Zahlungsanweisung vorliegt, darf die Bank ein stillschweigendes Einverständnis des Bestellers zur Checkeinlösung voraussetzen. Eine Rückfrage drängt sich erst dann auf, wenn die

¹⁸⁶ Vgl. zum Kundencheck: Zimmermann, Art. 1119 OR N 18. Bei vordatierten Checks beginnt der Fristenlauf genau genommen mit der Inverkehrsetzung des Checks, was jedoch schwierig nachzuweisen wäre.

¹⁸⁷ Vgl. auch § 7 IV 3.

¹⁸⁸ Vgl. § 8 III 2.

¹⁸⁹ Vgl. § 27 II 2 b.

¹⁹⁰ Vgl. § 2 I 1.

¹⁹¹ Zimmermann, Art. 1119 OR N 18.

Bank an der Berechtigung des Einreichers zweifelt. Eine Verjährung der check- bzw. bereicherungsrechtlichen Ansprüche kann diesbezüglich natürlich indizierend sein. Hier handelt es sich indessen um die ganz andere Frage der Berechtigung des Einreichers¹⁹². Dass eine Bank auch auf hohe Beträge lautende Checks noch mehrere Jahre nach der Ausstellung einlöst, ist — freilich unter besonderer Vorsicht bei der Überprüfung der Berechtigung — deshalb durchaus möglich.

III. Gehörige Erfüllung

1. Einleitende Bemerkungen

Die Bank entspricht ihrer Pflicht zur Checkeinlösung in gehöriger Weise, wenn sie den Checkbetrag an den rechtmässigen Einreicher der Urkunde auszahlt.

Aus dem Vertragszweck wie aus dem Gesetzesrecht geht hervor, dass mit der Checkeinlösung — genau gleich wie beim Kundencheckvertrag — gewisse Sorgfaltspflichten der Bank verbunden sind. Der Besteller leistet den Checkbetrag mit dem erkennbaren Willen, dass eine entsprechende Geldsumme später auch an einen berechtigten Nehmer ausbezahlt wird. Er wünscht m.a.W., dass die Bank jeweils die Legitimation des Einreichers und die Echtheit der vorgelegten Urkunde überprüft. Auf der anderen Seite schreibt das Gesetz der Bank je nach der wertpapierrechtlichen Ausgestaltung des vorgelegten Checks (Order-, Inhaber- oder Namenpapier) vor, in welchem Umfange sie diese Legitimationsprüfung vorzunehmen hat. Im folgenden werden diese Überprüfungs- und Sorgfaltspflichten der Bank im einzelnen dargelegt, und zwar hinsichtlich der formellen und materiellen Berechtigung des Einreichers (2.) wie hinsichtlich der Gültigkeit der Urkunde (3.). Weiter sind mit der Checkeinlösung gewisse zusätzliche Nebenpflichten der Bank verbunden, welche unter 4. dargelegt werden.

2. Die Prüfungspflichten hinsichtlich der formellen und der materiellen Berechtigung des Einreichers¹⁹³

a) Einleitende Bemerkungen

Im vorliegenden Abschnitt wird der Fall betrachtet, wo sich der Nehmer auf Grund einer echten, unverfälschten Urkunde als Gläubiger aus dem Papier ausweist. Die Überprüfung im hier verstandenen Sinn stützt sich

¹⁹² Vgl. III 2 dieses §.

¹⁹³ Vgl. zum Legitimationsrecht die eingehende Darstellung bei Jäggi, Art. 966 OR.

ausschliesslich auf ausserurkundliche Tatsachen¹⁹⁴, welche von der Bank anlässlich der Vorweisung beachtet werden müssen und die ausschlaggebend sind für die formelle und die materielle Berechtigung des Einreichers.

b) Die Prüfung der wertpapierrechtlichen Legitimation (formelle Berechtigung)

In einem wertpapierrechtlichen Sinn "bezeichnet Legitimation den Schein der Einziehungsbefugnis (also den Schein der Legitimation im materiellrechtlichen Sinn oder Rechtsschein), der dem Ansprecher auf Grund eines bestimmten Sachverhaltes (z.B. der Innehabung einer Urkunde) zu Recht oder Unrecht zukommt"¹⁹⁵. Dieser Rechtsschein unterscheidet sich je nach der Art des vorgelegten Checks. Dementsprechend verschieden ist auch die der Bank obliegende Prüfungspflicht:

- Für den Ordercheck bestimmt Art. 1121 OR, dass die Bank die Ordnungsmässigkeit der Indossamentenreihe, nicht aber die Unterschriften der Indossanten überprüfen muss. Sobald also eine für die Bank erkennbare Lückenhaftigkeit der Indossamentenkette vorliegt, fehlen der Rechtsschein und der damit verbundene Vertrauensschutz. Wie Art. 1121 OR klar zum Ausdruck bringt, umfasst die Prüfungspflicht der Bank lediglich die äusserliche Ordnungsmässigkeit der Kette, nicht aber deren Echtheit und sachliche Wirksamkeit¹⁹⁶. Diese Bestimmung stimmt mit Art. 1110 OR überein, wonach beim Ordercheck derjenige als Berechtigter gilt, der sich durch eine ununterbrochene Reihe von Indossamenten ausweist. Ist das letzte Indossament ein Namenindossament, muss die Bank freilich prüfen, ob der Einreicher tatsächlich die äusserlich ausgewiesene Person ist¹⁹⁷.
- Für den Inhaber- und den Namencheck gilt bezüglich der Prüfungspflicht der Bank — mangels besonderer Vorschriften im Checkgesetz — allgemeines Wertpapierrecht: der Einreicher eines Inhaberchecks wird durch den blossen Besitz der Urkunde legitimiert (Art. 978 OR). Beim Namencheck hingegen muss die Bank am eingehendsten die Legitimation des Einreichers überprüfen; die im Check oder in der Rechtsnachfolgeurkunde (Zessionsurkunde) genannte Person muss mit dem Einreicher übereinstimmen (Art. 975 OR). Dieser muss seine Identität nötigenfalls durch Ausweispapiere belegen können¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Jäggi, Art. 966 OR N 154.

¹⁹⁵ Jäggi, Art. 966 OR N 21.

¹⁹⁶ Baumbach/Hefermehl, Art. 40 WG N 4.

¹⁹⁷ Rehfeldt/Zöllner 103; Baumbach/Hefermehl, Art. 40 WG N 4.

¹⁹⁸ Göcking 62.

c) Die Prüfung der materiellen Berechtigung

Auf Grund eines Umkehrschlusses aus Art. 1121 OR ist man zur Annahme geneigt, die Legitimation des Checknehmers im eben dargelegten Sinne impliziere auf Grund des Rechtsscheins der Urkunde auch dessen materielle Berechtigung. Dass die Bank aber darüber hinaus auch zur Überprüfung der materiellen Berechtigung verpflichtet sein kann, ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr sowie aus dem den Bankcheckausstellungsverträgen immanenten Zweck, welcher nur in der Einlösung des Checks an den wirklich Berechtigten bestehen kann¹⁹⁹; so steht es ja keineswegs zum voraus fest, dass der Besteller durch die Auszahlung des Checkbetrags an einen Nichtberechtigten von der der Checkhingabe zugrunde liegenden kausalen Schuld befreit wird.

Nach unbestrittener Lehre enthält daher Art. 1121 OR lediglich eine Einschränkung der Prüfungspflicht, sofern die einlösende Bank gutgläubig ist²⁰⁰. Die Legitimation des Einreichers schafft lediglich die Vermutung, dass dieser auch der materiell Berechtigte sei²⁰¹. Sobald die Bank aber weiss, dass der Einreicher materiell nicht berechtigt ist, kann sie den Check nicht mehr mit befreiender Wirkung einlösen.

Zumal die Legitimation jeweils die Vermutung schafft, dass der Einreicher auch materiell berechtigt sei, trägt die Bank als Schuldnerin die Beweislast für das Fehlen der materiellen Berechtigung²⁰². Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Einreicher bösgläubig in den Besitz eines gestohlenen Checks gelangt ist oder wenn das letzte Indossament von einem Geisteskranken herrührt²⁰³.

Dieses Prinzip der materiellen Prüfungspflicht gilt sinngemäss auch für die Inhaber- und die Rektachecks. Einzig das Mass der von der Bank bei der Überprüfung geforderten Sorgfalt unterscheidet sich je nach der Art des vorgelegten Wertpapiers²⁰⁴. Beim Inhabercheck ist es am geringsten, beim Namencheck am höchsten.

Dass die Bank je nachdem auch an einen materiell nicht berechtigten Nehmer mit befreiender Wirkung leisten kann, lässt sich — Canaris²⁰⁵ folgend — konstruktiv wie folgt erklären: Löst die Bank den Check an einen materiell Nichtberechtigten ein, so hat sie den vom Besteller vorgeleisteten Checkbetrag an sich nicht weisungsgemäss verwendet; dessen ungeachtet kann sie nach den Rechtsscheingrundsätzen wegen der wertpapierrechtlichen Verkörperung der Zahlungsanweisung im Check durch die gutgläubige Einlösung an den materiell Nichtberechtigten befreit werden.

¹⁹⁹ Ähnlich für den Kundencheckvertrag: Canaris, Anh. § 357 Anm. 280.

²⁰⁰ Vgl. z.B. Vieli 90.

²⁰¹ Rehfeldt/Zöllner 101.

²⁰² Rehfeldt/Zöllner 101.

²⁰³ Rehfeldt/Zöllner 101.

²⁰⁴ Vieli 91.

²⁰⁵ Anh. § 357 Anm. 281.

d) Das von der Bank geforderte Mass an Sorgfalt

aa) Auf Grund der AGB

Beim Kundencheckvertrag statuiert das Kartenreglement²⁰⁶ das von der Bank zu beachtende Mass an Sorgfalt bei der Checkeinlösung: sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft, hat der Kunde sämtliche Folgen des Abhandenkommens oder Missbrauchs von Checks und Checkformularen zu tragen.

Bekanntlich liegen den Bankcheckausstellungsverträgen keine solchen besonderen AGB zugrunde. Für diejenigen Verträge²⁰⁷, wo eine Herbeiziehung der generellen AGB überhaupt in Frage kommt, bestimmt Art. 4 der Musterbedingungen der Schweizerischen Bankiervereinigung: "Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft".

Eine Auslegung von AGB-Klauseln soll nach der Unklarheiten- und der Ungewöhnlichkeitsregel^{207a} immer möglichst eng und zugunsten des Konsumenten vorgenommen werden. Im vorliegenden Fall geht aus der fraglichen AGB-Norm auf Grund ihres Wortlautes und ihrer Stellung innerhalb des gesamten Textes unzweideutig hervor, dass sie die Legitimations- und Unterschriftenprüfung in bezug auf die Person des Bankkunden regelt. Nimmt die Bank z.B. Zahlungsaufträge ihrer Girokunden entgegen, so ist sie verpflichtet, bei Schriftlichkeit dessen Unterschrift, und ganz allgemein seine Legitimation zu überprüfen. M.a.W. erfasst diese AGB-Klausel sicher jene Fälle, welche die Legitimation aus der Sphäre des Bankkunden betreffen. Keineswegs geht aber aus der fraglichen Klausel hervor, dass sie auch die Legitimationsprüfung bei solchen Checks erfasst, die von der Bank selbst ausgestellt wurden, also aus ihrer eigenen Sphäre stammen und vor allem ihre eigene Unterschrift tragen²⁰⁸. In diesen Fällen kann sich die Bank deshalb m.E. nicht ohne weiteres auf die AGB-Klausel berufen, welche die Unterschriften- bzw. Legitimationsprüfung betrifft. Eine Anwendbarkeit dieser Ziffer 4 scheitert deshalb schon an der Unklarheitenregel, wonach zweideutige Normen stets contra proferentem auszulegen sind. Auf Grund der Ungewöhnlichkeitsregel käme eine Anwendbarkeit nur unter ausdrücklichem Hinweis auf diese Klausel in Frage. Dies ist eben nur beim Kundencheck der Fall, wo das Eurocheck-Kartenreglement die Legitimationsfrage auf unmissverständliche Weise regelt.

²⁰⁶ Z. 8 des Kartenreglements.

²⁰⁷ und ^{207a} Vgl. § 18 III 2 b.

²⁰⁸ Das Gleiche muss deshalb auch für die Überprüfung der Echtheit eines vorgelegten Checks gelten, vgl. III 3 dieses §.

bb) Auf Grund von Gesetzesrecht

Zumal es also an einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen den Parteien fehlt, muss das Mass der von der Bank geforderten Sorgfalt nach dem Gesetzesrecht und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ermittelt werden. Unter b) und c) wurde festgestellt, dass nach Treu und Glauben und dem Vertragszweck eine Pflicht der Bank zur Überprüfung der materiellen Berechtigung besteht. Gemäss Art. 1121 OR schafft aber die Legitimation des Einreichers die Vermutung, dass dieser auch der materiell Berechtigte sei. Im Gegensatz zum Checkrecht bestimmt der z.T. gleichlautende Art. 1030 Abs. 3 1. Satz OR für den Wechsel zusätzlich, dass der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit wird, wenn ihm nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Diese Formulierung aus der Haager Wechselordnung wurde auch in Art. 966 Abs. 2 OR übernommen²⁰⁹, welcher für sämtliche Wertpapierarten gilt²¹⁰.

Bis heute ist umstritten geblieben, ob Art. 1030 Abs. 3 bzw. Art. 966 Abs. 2 OR analog für das Checkrecht angewendet werden können. Die Gegner dieser Ansicht²¹¹ halten dafür, Art. 40 Abs. 3 Satz 1 eWG (welcher Art. 1030 Abs. 3 Satz 1 OR entspricht) sei bewusst nicht ins Checkgesetz aufgenommen worden, da ja der Bezogene auf Grund des Annahmeverbotes — im Gegensatz zum Bezogenen aus einem Wechsel — nicht Schuldner aus dem Check sein könne; eine Verpflichtung bestehe ausschliesslich aus dem Checkvertrag. Die überwiegende Gegenmeinung²¹² vertritt die Ansicht, eine analoge Anwendbarkeit von Art. 40 Abs. 3 eWG sei deshalb angebracht, weil die bezogene Bank mit der gutgläubigen Einlösung ja nicht nur ihre eigene Schuld aus dem Checkvertrag tilge, sondern auch gleichzeitig sämtliche Rückgriffspflichtigen befreie. Insofern sei also die Lage der Bank mit jener eines Schuldners aus dem Wechsel vergleichbar²¹³. Diese Kontroverse hat beim Kundencheck insofern an Bedeutung verloren, als das Problem in den Eurocheck-Kartenreglementen abschliessend geregelt worden ist²¹⁴.

Aus den Protokollen der Genfer Checkrechtskonferenz geht eindeutig hervor, dass Art. 40 Abs. 3 1. Satz eWG mangels einer direkten Verpflichtung der Bank gegenüber dem Nehmer nicht ins Checkgesetz übernommen worden ist²¹⁵. Weiter wird in diesem Protokoll aber zum Ausdruck gebracht, eine analoge Anwendung sei in denjenigen Rechtsordnungen

²⁰⁹ Jäggi, Art. 966 OR N 150.

²¹⁰ Der Begriff der Arglist muss aber insofern differenziert werden, als die Prüfungspflicht der Bank je nach der Art des vorgelegten Checks variiert (Jäggi, Art. 966 OR N 150).

²¹¹ Vieli 89 und 92; offenbar auch Rehfeldt/Zöllner 135.

²¹² Vgl. Habicht 39; Wentzel 117 Fn 369; Canaris, Anh. § 357 Anm. 280; ähnlich Baumbach/Hefermehl, Art. 35 SchG N 2.

²¹³ Wentzel 117 Fn 369.

²¹⁴ Kartenreglement Z. 8.

²¹⁵ CR 104.

angebracht, wo ein direktes Klagerecht des Nehmers gegen den Bezogenen besteht: "Néanmoins de l'avis de la Conférence, on pourrait appliquer dans cette matière les dispositions analogues de la Loi uniforme sur la lettre de change (Art 40, alinéa 3), en tant que la nature particulière du chèque permet une interprétation par analogie, pour décider si le tiré a valablement payé le chèque vis-à-vis du porteur ou des porteurs successifs".

Es wurde bereits an mehreren Stellen²¹⁶ dargelegt, dass sich die Bank beim trassiert-eigenen Bankcheck ungeachtet des checkrechtlichen Annahmeverbots gegenüber dem Nehmer unmittelbar verpflichtet. Zahlt sie nicht, so kann letzterer mittels Protest direkt gegen sie vorgehen. Die Interessenlage der Bank entspricht deshalb weitgehend jener des Akzeptanten beim Wechsel. Eine analoge Anwendbarkeit von Art. 40 Abs. 3 eWG bzw. von Art. 1030 Abs. 3 OR scheint auf Grund dieser Erwägungen begründet, umso mehr, wenn man sich die ratio legis dieser Bestimmung näher vor Augen hält: nach Art. 1030 Abs. 3 (und Art. 966 Abs. 2 OR) wird ein Schuldner (beim Wechsel der Bezogene) befreit, wenn er bei Verfall weder arglistig noch grobfahrlässig zahlt. Diese Abweichung von der gängigen Terminologie unseres Zivilrechts (vgl. z.B. Art. 3 und Art. 931 ZGB), wo das Gesetz jeweils eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person knüpft, hat ihren Grund. Ein Wechselschuldner soll nämlich auch dann mit befreiender Wirkung leisten können, wenn er zwar von der mangelnden materiellen Berechtigung des Nehmers Kenntnis gehabt hat, ihm aber in concreto eine Leistungsverweigerung nicht zuzumuten ist²¹⁷. Man erinnere sich daran, dass der Schuldner (hier die Bank) die Beweislast für die mangelnde materielle Berechtigung des formell-legitimierten Nehmers trägt. Weiss er um die mangelnde Berechtigung, so bedeutet dies noch nicht, dass er dafür in einem Prozess den liquiden Beweis erbringen kann²¹⁸. Abgesehen davon würde gerade eine Bank bei einem Protest unter Umständen ihre Kreditwürdigkeit aufs Spiel setzen; "Prima"-Bankchecks sind ja in der Geschäftswelt gerade wegen ihrer einzigartigen Bonität gefragt. Und schliesslich läuft die Bank unter Umständen Gefahr, wegen einer ungerechtfertigten Zahlungsverweigerung dem Besteller gegenüber in Verzug zu geraten. Endlich gilt es auch das Postulat der Umlauffähigkeit von Checks zu berücksichtigen. Als Umlaufpapiere, die von Gesetzes wegen schnell realisierbar sein sollen, müssen die Checks von den Banken speditiv behandelt werden können.

In analoger Anwendung von Art. 1030 Abs. 3 OR löst demgemäss die Bank einen trassiert-eigenen Bankcheck mit befreiender Wirkung ein, wenn ihr weder Arglist noch grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Arglistig handelt sie, wenn sie die mangelnde Berechtigung des Nehmers kennt und

²¹⁶ Vgl. vor allem § 7 I – III.

²¹⁷ Rehfeldt/Zöllner 102.

²¹⁸ Jäggi, Art. 966 OR N 150.

trotz liquiden Beweismitteln, mit welchen sie den Mangel leicht belegen könnte, den Checkbetrag auszahlt. Grobfahrlässig handelt die Bank demzufolge, wenn sie unter Anwendung der elementarsten Sorgfaltspflichten entweder die mangelnde Berechtigung hätte kennen müssen, oder aber die liquiden Beweismittel, die ihr zur Verfügung standen, übersah²¹⁹.

Entsprechendes gilt gemäss Art. 966 Abs. 2 OR mit der nötigen Differenzierung für die Inhaber- und die Namenchecks. Beim Inhabercheck, wo die formelle Legitimation an den blossen Besitz der Urkunde geknüpft ist, wird es für die Bank schwierig sein, liquide Beweismittel zu finden, welche die mangelnde Berechtigung des Nehmers belegen. Hier wird somit das von ihr verlangte Mass an Sorgfalt entsprechend niedriger anzusetzen sein. Beim Rektacheck wird der Bank bereits bei der Überprüfung der formellen Legitimation die grösste Sorgfalt abverlangt. Sie darf ja nur an denjenigen Nehmer leisten, der sich als die auf dem Check oder der Zessionsurkunde genannte Person ausweisen kann. Dies wird von Bedeutung, wenn der Check nach dem Ablauf der Vorlegungsfrist nur noch mit den Wirkungen einer gewöhnlichen Abtretung übertragbar ist (Art. 1113 Abs. 1 OR)²²⁰. Da der Einredeausschluss von Art. 1007 OR nicht mehr gilt und die Bank auch nicht mehr durch den strengen Checkregress zu rascher Einlösung gedrängt wird, ist sie jetzt auch viel freier in der Überprüfung der Berechtigung des Einreichers. Dementsprechend darf man von ihr bei der Einlösung auch ein erhöhtes Mass an Sorgfalt verlangen. Während beim Inhaber- und beim Ordercheck jeweils das Kriterium der liquiden Beweisbarkeit eine ganz entscheidende Rolle spielt, dürfte beim Namencheck bereits die blossе Kenntnis der fehlenden Berechtigung als liquider Beweis ausreichen; in der Tat wird bei einem solchen Papier die Bank keinen vernünftigen Grund haben, trotz Kenntnis der Nichtberechtigung zu leisten²²¹.

Eigentlich betreffen sowohl Art. 966 Abs. 2 wie Art. 1030 Abs. 3 OR nur das Verhältnis zwischen dem Checkaussteller und dem Bezogenen; es handelt sich also um rein wertpapierrechtliche Vorschriften, welche nur die am wertpapierrechtlichen Verhältnis beteiligten Personen betreffen. Für die Rechtsanwendung beim Bankcheckausstellungsvertrag muss indessen auch der Besteller diese Bestimmungen gegen sich gelten lassen; mangels anderslautender Vereinbarungen ist die Bank bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen an die gesetzlichen Vorschriften aus dem Check- und dem übrigen Wertpapierrecht gebunden. Diese Rechtslage verträgt sich auch mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, da ihre Kenntnis — im Gegensatz zu zweideutigen AGB-Klauseln — von den Beteiligten vorausgesetzt werden darf. Diese gesetzlich statuierte beschränkte Prüfungspflicht der Bank wird dem Charakter des

²¹⁹ Jäggi, Art. 966 OR N 153.

²²⁰ Vgl. II 2 dieses §.

²²¹ Vgl. Jäggi, Art. 966 OR N 150.

Checks als schnell realisierbares Umlaufpapier gerecht. Die Funktion des Checks als Zahlungspapier würde stark beeinträchtigt, wenn seine Einlösung — zumindest während der Vorlegungsfrist — von einer zu genauen Überprüfung der materiellen Berechtigung des Einreichers abhängen würde²²².

Diese beschränkte gesetzliche Prüfungspflicht der Bank stimmt übrigens im Wesentlichen mit der Regelung in den Eurocheck-Kartenreglementen überein²²³, wo die Bank die Gefahr eines Checkmissbrauchs weitgehend auf den Kunden abgewälzt hat. Diese gesetzliche Haftungsbeschränkung hat jedoch den entscheidenden Vorteil, dass ihr nicht die Art. 100 Abs. 2 bzw. Art. 101 Abs. 2 und 3 OR²²⁴ entgegenstehen, denn diese Bestimmungen schränken bloss die Möglichkeit einer vertraglichen Wegbedingung der Haftung ein. Dies ist nicht ohne Bedeutung, weil auch trassiert-eigene Bankchecks regelmässig von Hilfspersonen eingelöst werden.

cc) Konkretisierung der Sorgfaltspflicht

Das Mass der von der Bank geforderten Sorgfalt kann nur soweit umschrieben werden, als diese für Arglist und grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat. Eine allgemeine Umschreibung ist jedoch nicht möglich, da es immer auf die Umstände des Einzelfalles ankommt²²⁵. In einer Grundsatzentscheidung hielt das Deutsche Reichsgericht²²⁶ fest, dass ein Anlass zu besonderer Prüfung für den Bezogenen stets dann gegeben sei, "wenn das Ungeöhnliche des Geschäfts oder besondere Umstände in der Person des Veräusserers einen sorgfältigen Kaufmann zur Vorsicht und zu besonderen Nachforschungen bewegen würden". Nicht anders ist nach schweizerischem Recht zu entscheiden: ergibt die Überprüfung in der Tat, dass der Checkeinreicher nicht aus der Urkunde berechtigt ist und der Bank diesbezüglich auch liquide Beweismittel zur Verfügung stehen, so kann sie die Einlösung mittels einer sog. nichturkundlichen (je nachdem absoluten oder redlichkeitsunbeständigen) Gültigkeitseinrede verweigern²²⁷. Dazu seien hier folgende Beispiele erwähnt:

— Eine erhöhte Sorgfalt bei der Überprüfung ist namentlich im Falle des Art. 1112 OR (abhanden gekommener Check) geboten. Art. 1112 OR regelt zwar nur die Rechtsstellung des früheren *berechtigten* Checknehmers²²⁸. Für die Verpflichtung der Bank aus dem Bankcheckausstel-

²²² Baumbach/Hefermehl, Art. 35 SchG N 2; BGH NJW 1962, 1056.

²²³ Vgl. Z. 8 des Kartenreglements.

²²⁴ Dass die Banken obrigkeitlich konzessionierte Gewerbe im Sinne dieser Bestimmungen sind, wird heute mehrheitlich anerkannt. Vgl. Vieli 122; Habicht 41; Forstmoser, AGB und ihre Bedeutung, 26; Nobel 289; Schluep SPR VII/2, 881; a.A. BGE 41 II 487, 64 II 356; Kleiner 14f.; Erb 54.

²²⁵ Jäggi, Art. 966 OR N 155.

²²⁶ RGZ 103, 87 (90).

²²⁷ Vgl. auch § 20 I 2 b.

²²⁸ Vgl. dazu eingehend Vieli 68ff.

lungsvertrag ist diese Bestimmung aber insofern von Bedeutung, als die Bank, einmal vom früheren Nehmer benachrichtigt, zu erhöhter Sorgfalt bei der Checkeinlösung gehalten ist.

Sobald ein früherer Nehmer der Bank also das Abhandenkommen²²⁹ seines Checks mitteilt, ist letztere gewarnt und kann sich nicht mehr auf den eigenen guten Glauben bei der Einlösung berufen. Freilich muss sie auch hier dem Einreicher in liquider Form nachweisen können, dass dieser den Check bösgläubig und "bewusst zum Nachteil des Schuldners handelnd" einlösen will. Eine einredeweise Einlösungsverweigerung ist also hier grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 1143 Z. 5 i.V. mit Art. 1007 OR möglich. Die Einlösungsverweigerung auf Grund von Art. 1143 i.V. mit Art. 1007 OR kommt beispielsweise auch in dem weiter vorne erwähnten Fall²³⁰ in Betracht, wo der Nehmer trotz erkennbarem Willensmangel auf der Seite des Bestellers (beim Abschluss des Bankcheckausstellungsvertrags) den Check entgegennimmt und einzulösen versucht.

- Der Nachweis der fehlenden Berechtigung des Einreichers wird der Bank jeweils umso leichter fallen, je besser sie den Nehmer persönlich kennt; in solchen Fällen muss ihr das übliche Verhalten und das allgemeine Geschäftsgebrähen des Nehmers vertraut sein, und sie muss auch wissen, unter welchen Umständen dieser die Checks einzulösen pflegt. In diesem Sinne entschied der Deutsche Bundesgerichtshof²³¹ für den Fall, wo eine Drittperson einen auf das Finanzamt ausgestellten Check einlöste. Der Bank musste bekannt sein, dass das Finanzamt keine Checks weiterzugeben pflegt²³².
- Zu besonderer Sorgfalt ist die Bank schliesslich auch bei der Entgegennahme von Verrechnungsschecks gehalten. Dies dürfte namentlich der Fall sein, wenn sich der Nehmer eines Verrechnungsschecks, der auf eine sehr hohe Geldsumme lautet, ein Konto eröffnen lässt, um sich gleich anschliessend den Betrag auszahlen zu lassen. Hier muss sich die Bank durch Ausweisdokumente Klarheit über die Person des Einreichers verschaffen²³³. Die so gewonnenen Angaben hat sie sorgfältig zu registrieren (sei es durch einen Vermerk auf dem Check selbst oder durch eine Ein-

²²⁹ "Abhandengekommen" im Sinne des Art. 1112 OR bedeutet nicht nur, dass der Check einem früheren Nehmer unfreiwillig aus dem Besitz gelangt ist (Art. 935 ZGB); dieser Begriff umfasst auch jene Fälle, wo ein Check ohne rechtsgültigen Begebungsvertrag den Besitzer gewechselt hat, vgl. Baumbach/Hefermehl, Art. 21 SchG N 3; Vieli 69.

²³⁰ Vgl. § 20 I 2 b.

²³¹ BGH WM 1966, 65; vgl. ferner aus der umfangreichen deutschen Rechtsprechung BGH WM 1969, 510; BGH WM 1969, 1383; BGH WM 1980, 891.

²³² Vorausgesetzt werden kann bei der Checkeinlösung auch, dass die Bank Kenntnis von solchen Tatsachen hat, denen das Gesetz positive, d.h. die Einrede der Unkenntnis ausschliessende Publizitätswirkung beimisst, z.B. die Konkurspublikation. Vgl. Jäggi, Art. 966 OR N 154 und 42.

²³³ Vgl. BGH WM 1973, 154.

tragung in ihre Bücher), um den jederzeitigen Nachweis der Person des Nehmers gewährleisten zu können²³⁴. Besonders verdächtig ist es natürlich auch, wenn ein Nehmer die Bank bittet, den Verrechnungsscheck bar einzulösen. Diesem Wunsch wird die Bank höchstens entsprechen können, wenn ihr der Einreicher als vertrauenswürdiger, solventer Kunde bekannt ist. Andernfalls läuft sie Gefahr, gemäss Art. 1125 Abs. 4 OR schadenersatzpflichtig zu werden²³⁵.

3. Die Prüfungspflichten hinsichtlich der Echtheit des Checks

Löst die Bank einen falschen oder verfälschten Check ein, so handelt sie, da keine rechtsgültige Anweisung von ihr an sich selbst vorliegt, nicht im Rahmen und zum Zweck der Ausführung des Bankcheckausstellungsvertrags. Gemäss vertraglicher Vereinbarung und in ihrem eigenen Interesse kann sie nur solche Checks mit befreiender Wirkung einlösen, welche mit ihrer eigenen Unterschrift versehen sind und auch inhaltlich (namentlich bezüglich des Checkbetrages) genau mit demjenigen Text übereinstimmen, welchen sie zur Zeit der Ausstellung auf die Urkunde gesetzt hat. Stellt sich heraus, dass eine Drittperson unberechtigtweise den Check samt Aussteller-Unterschrift ausfüllte, so liegt eine Checkfälschung vor. Wurde hingegen der Inhalt der Urkunde nachträglich von einem Unberechtigten abgeändert, so hat man es mit einer Checkverfälschung zu tun.

Während Checkfälschungen beim Kundencheckverkehr relativ häufig vorkommen, ergeben sich diesbezüglich für den Bankcheckausstellungsvertrag keine Probleme: dieser Vertrag kennzeichnet sich ja bekanntlich gerade dadurch, dass die Bank dem Besteller grundsätzlich nur solche Checks übergibt, die sie selbst im voraus vollständig ausgestellt hat. Im Verhältnis Bank — Besteller können deshalb Checkfälschungen überhaupt nicht vorkommen²³⁶. Beim Kundencheck besteht hingegen immer eine gewisse Gefahr, dass dem Aussteller das Checkheft gestohlen wird und die einzelnen Checks vom Dieb gefälscht in den Verkehr gesetzt werden.

Bei der Einlösung ihrer eigenen Checks muss die Bank aber darauf achten, dass sie nicht nachträglich abgeänderte, also verfälschte Checks einlöst.

Auch bezüglich des Problems der Verfälschung treffen die Banken mit ihren Kunden beim Abschluss des Bankcheckausstellungsvertrags in der Regel keine ausdrücklichen Vereinbarungen. Die generellen AGB der Ban-

²³⁴ Vgl. Göcking 76.

²³⁵ Vgl. näher zu dieser spezifisch checkrechtlichen Schadenersatzpflicht: Vieli 142; Habicht 62f.; Quassowski/Albrecht, Art. 39 SchG N 14; Baumbach/Hefermehl, Art. 39 SchG N 6.

²³⁶ Ganz unabhängig von den Bankcheckausstellungsverträgen sind aber auch Bankcheckfälschungen keine Seltenheit. So hört man immer wieder, dass ganze Serien gefälschter ausländischer Bankchecks in den Verkehr gesetzt werden.

ken sind hier ebenfalls nicht verbindlich, da sie — wie weiter vorne²³⁷ dargestellt — den vorliegenden Sachverhalt nicht erfassen und schon an der Unklarheiten- und der Ungewöhnlichkeitsregel scheitern.

Im Gegensatz zur Prüfung der Berechtigung gibt das Gesetz keine unmittelbare Antwort zum Umfang der Prüfungspflicht in bezug auf die Echtheit der vorgelegten Urkunde. Art. 1132 OR regelt lediglich die Tragung des Fälschungsrisikos, sofern den Checkaussteller kein Verschulden trifft.

Für das Mass der Sorgfalt verweist das Gesetz jedoch auf den Arbeitsvertrag (Art. 364 und Art. 398 OR)²³⁸. Zweifellos gilt dieser Verweis auch für sämtliche Innominatsverträge im Bereich der Arbeitsleistungsverträge. Die analoge Anwendung von Art. 321 e Abs. 1 OR erlaubt für den vorliegenden Fall die Ansetzung eines sehr hohen Sorgfaltsmasses. Das Nichterkennen einer Verfälschung darf der Bank grundsätzlich immer als Verschulden angerechnet werden. Ein Beweisnotstand wie bei der Überprüfung der Berechtigung ist hier gar nicht denkbar, denn die Bank kann dem Einreicher ja ohne weiteres belegen, dass sie selbst den Check mit einem anderen Inhalt ausstellte.

Demgegenüber lässt sich beim Kundencheckverkehr nur im Einzelfall entscheiden, ob die Bank bei der Einlösung des gefälschten oder verfälschten Papiers schuldhaft handelt²³⁹. Die kontoführende Bank ist hier jeweils auf das Erkennen von charakteristischen Abweichungen angewiesen, "die ins Auge springen"²⁴⁰.

Auch bei der Einlösung trassiert-eigener Bankchecks können die Umstände des konkreten Einzelfalles besonders verdächtig sein, wie z.B. Rasuren und Abänderungen²⁴¹, ungewöhnlich hohe Checkbeträge, verdächtiger Einreicher usw. Worauf es aber vor allem und immer ankommt ist die Tatsache, dass die Bank den Check selbst ausgestellt hat und ihr deshalb das Wissen um eine allfällige inhaltliche Verschiedenheit der Urkunde immer zugerechnet werden kann. Das Nichterkennen einer Verfälschung — sei es wegen der Unachtsamkeit eines Angestellten, sei es wegen eines Mangels in der betriebsinternen Organisation — muss der Bank somit grundsätzlich als Verschulden angelastet werden.

²³⁷ Vgl. III 2 d aa) dieses §.

²³⁸ Nobel 291 Fn 25.

²³⁹ Baumbach/Hefermehl, Art. 3 SchG N 11.

²⁴⁰ OLG Frankfurt WM 1972, 861f.

²⁴¹ Canaris, Anh. § 357 Anm. 277.

4. Sonstige Pflichten

Auf Grund von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr sowie nach Sinn und Zweck des Bankcheckausstellungsvertrags muss die Bank bei der Erfüllung ihrer Vertragsleistung noch gewisse Nebenpflichten beachten.

Nach den allgemeinen Regeln von Treu und Glauben muss sie dem Besteller jederzeit Rechenschaft über ihre Geschäftsführung ablegen können. Dazu gehört namentlich die Pflicht, dem Besteller auf dessen Verlangen mitzuteilen, wer Einreicher des Checks gewesen ist, sofern dieser ein berechtigtes Interesse nachweisen kann²⁴². Solange dieser Interessennachweis des Kunden begründet erscheint und gegenüber den Interessen des Checkeinreichers in einem vernünftigen Verhältnis steht, dürfte einer solchen Auskunft auch nicht das Bankgeheimnis entgegenstehen (die Aufhebung des Bankgeheimnisses steht immer unter dem Vorbehalt des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit)²⁴³. Aus dem Bankcheckausstellungsvertrag ergibt sich ferner die Pflicht der Bank zur unverzüglichen Benachrichtigung des Bestellers im Nichteinlösungsfalle²⁴⁴.

In analoger Anwendung von Art. 321 a Abs. 1 OR hat die Bank die berechtigten Interessen des Bestellers in guten Treuen zu wahren; für letzteren kann es nämlich wichtig sein, möglichst rasch von einer Nichteinlösung zu erfahren, da er allenfalls noch aus dem zwischen ihm und dem Checknehmer bestehenden Grundverhältnis belangt werden kann²⁴⁵.

IV. Rechtsfolgen der Nichterfüllung

1. Verschulden der Bank

a) Bei Nichteinlösung des Checks

Die Bank erbringt die dem Besteller geschuldete Leistung überhaupt nicht, wenn sie dem berechtigten Checknehmer die Auszahlung des Checkbetrages verweigert. Ein Verschulden wäre darin zu erblicken, dass die Bank ohne begründete Veranlassung auf eine Nichtberechtigung des Einreichers schliesst; dies wäre etwa der Fall bei der irrtümlichen Annahme einer Checksperrung (z.B. wenn die Bank wohl einen Check des Bestellers, jedoch nicht den vorgelegten sperren musste). Grundsätzlich trifft die Bank bei der Einlösungsverweigerung immer dann ein Verschulden, wenn sie zu

²⁴² Vgl. dazu aus der deutschen Literatur: Liesecke, WM 1971, 1228f.; Wentzel 55.

²⁴³ Vgl. Aubert/Kernen/Schönle, Bankgeheimnis, 377ff.

²⁴⁴ Dieselbe Pflicht besteht für die Bank beim Kundencheckvertrag, vgl. Wentzel 55.

²⁴⁵ Vgl. § 9 II 3 b.

Unrecht und ohne Veranlassung annimmt, dem Einreicher in liquider Weise die Nichtberechtigung nachweisen zu können²⁴⁶.

Dabei ist namentlich an zwei Fälle zu denken:

- 1) Erfolgt die Leistungsverweigerung vor dem Ablauf der Vorlegungsfrist, so wird der Nehmer unter den Voraussetzungen von Art. 1128 OR (Protest oder Vorlegungsbescheinigung) gegen die Bank Rückgriff nehmen. Letztere muss dabei für die gesamte Rückgriffssumme, d.h. den Checkbetrag nebst Zinsen, Kosten und Provision (Art. 1130 OR) aufkommen. Dieser Rückgriff ist eine gesetzliche Einstandspflicht²⁴⁷ der Bank gegenüber dem Nehmer; sie tritt gewissermassen an Stelle ihrer vertraglichen Zahlungspflicht aus dem Bankcheckausstellungsvertrag. Der Besteller ist indessen ebenfalls an der Erfüllung dieser Regresspflicht interessiert, da er möglicherweise noch vom Nehmer aus dem Grundverhältnis belangt werden kann.

Zahlt die Bank die Rückgriffssumme, so entsteht für sie ein Schaden im Betrag der über den Checkbetrag hinausgehenden Regresskosten; der Checkbetrag selbst wurde in der Regel ja bereits vom Besteller vorgeleistet. Für die Rechtsanwendung hinsichtlich der Schadenstragung scheint Art. 402 Abs. 2 OR hier angemessen. Demnach haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den aus dem Auftrag erwachsenen Schaden, soweit er sich nicht zu exkulpieren vermag. Diese Bestimmung drängt sich deshalb auf, weil sie nicht die vertragliche Haftpflicht, sondern vielmehr eine "sachgerechte Zuteilung von Risiken" regelt²⁴⁸. Schliesslich ist jeweils der Beauftragte Spezialist seiner Mission; er soll die Berufsrisiken auch bei beidseitig fehlendem Verschulden tragen, weil er auf Grund seiner Kenntnisse eher in der Lage ist, allfällige Gefahren im voraus zu erkennen und entsprechende Schutzvorkehren zu treffen. Dass diese Rolle im vorliegenden Fall der Bank zufällt, liegt auf der Hand. Nur Banken sind von Gesetzes wegen zur Checkeinlösung befugt (Art. 1102 Abs. 1 OR). Aufgrund dieser Monopolstellung ist es auch gerechtfertigt, dass sie für die damit verbundenen Risiken einstehen müssen. In Anwendung von Art. 402 Abs. 2 OR muss der Besteller deshalb nur dann für den Schaden der Bank einstehen, wenn ihn daran ein Verschulden trifft und er sich nicht zu exkulpieren vermag²⁴⁹.

Das Herbeiziehen des Auftragsrechts ist hier schon darum angemessen, weil der Bankcheckausstellungsvertrag, wie wir gesehen haben, auch ein fiduziarisches Element aufweist²⁵⁰. Die Bank erscheint Dritten

²⁴⁶ Vgl. III 2 d bb) dieses §.

²⁴⁷ Eine Einlösungsverweigerung mangels vorhandener Deckung fällt hier — anders als beim Kundencheck — ausser Betracht, da trassiert-eigene Bankchecks die Deckung bekanntlich in sich tragen; vgl. § 7 II.

²⁴⁸ Hofstetter, SPR VII/1, 67f.

²⁴⁹ Bezüglich der Verhaltenspflichten des Bestellers vgl. § 24.

²⁵⁰ Vgl. § 17 IV 3.

gegenüber — im Rahmen ihrer checkrechtlichen Verpflichtung — als “unbeschränkter Rechtsträger”. Deshalb ist sie verpflichtet, diese Rechtsmacht, wie ein Beauftragter, nur unter Wahrung der Interessen des Bestellers auszuüben.

- 2) Verweigert die Bank dem Nehmer die Einlösung nach dem Ablauf der Vorlegungsfrist²⁵¹, sind die Folgen anders: Der Nehmer kann sich nicht mehr via Regress bei der Bank guthalten; allenfalls bleibt noch ein checkrechtlicher Bereicherungsanspruch, der aber weit weniger durchgreifend ist als der Checkregress. Der Nehmer dürfte deshalb — falls die Voraussetzungen dazu gegeben sind — wieder auf den Besteller zurückgreifen und diesen aus dem Grundverhältnis belangen²⁵². In diesem Fall erleidet also der Besteller einen Schaden, da er ja den Checkbetrag der Bank bereits im voraus bezahlt hat. Bei der Frage nach der Rechtsanwendung muss hier davon ausgegangen werden, dass die Bank mit der Checkeinlösung — anders als beim Girovertrag — dem Besteller einen konkreten Erfolg verspricht. Dies rechtfertigt denn auch ein Entstehenmüssen für diesen Erfolg. Anders als bei der Checkausstellung kann hier indessen nicht unmittelbar auf die werkvertragliche Gewährleistungsbestimmung zurückgegriffen werden: der mit einer Checkeinlösung versprochene Erfolg ist nicht dem typischen werkvertraglichen Erfolgsbegriff zuzuordnen, da er nicht “dauerhafte Gestalt in einer Sache” aufweist²⁵³, sondern auf den einzigen Augenblick der Auszahlung der Checksumme beschränkt ist. Das Entstehenmüssen für den versprochenen Erfolg rechtfertigt es aber immerhin, dass die Bank dafür auch haftbar gemacht werden kann, unabhängig davon, ob sie eine Sorgfaltpflichtverletzung trifft oder nicht²⁵⁴. Eine Interessenabwägung ergibt auch hier, dass die Bank auf Grund ihrer Monopolstellung in der Lage ist, den eigenen- und den Schaden des Bestellers abzuwenden. Bleibt also die Checkeinlösung aus, so hat die Bank dafür — gleich wie der Unternehmer beim Werkvertrag — grundsätzlich auf Grund eines objektivierte Verschuldens²⁵⁵ einzustehen. Dies hat zur Folge, dass ihr Anspruch auf den vom Besteller vorgeleisteten Geldbetrag verfällt und der Besteller die geleistete Geldsumme zurückverlangen darf. Auch wenn dem Besteller werkvertragliche Behelfe wie die Minderung, die Wandelung oder der Anspruch auf Nachbesserung nicht zur Verfügung stehen, kann er von der Bank den bereits geleisteten Geldbetrag (Check-

²⁵¹ Zur Dauer der Einlösungsverpflichtung vgl. II dieses §.

²⁵² Vgl. § 9 II 3.

²⁵³ Vgl. § 17 III 2 b.

²⁵⁴ Vgl. Pedrazzini, SPR VII/1, 502.

²⁵⁵ Vgl. dazu Pedrazzini, SPR VII/1, 502; ferner Keller 345, der mit Hinweis auf BGE 89 II 232 ff. zum Ausdruck bringt, dass beim Werkvertrag immer zwischen dem Entstehen für den Erfolg, d.h. die Vertragserfüllung auf der einen Seite und der Schadenersatzpflicht für die Schädigung aus Anlass des Werkvertrags auf der anderen Seite, unterschieden werden muss.

summe und Einheitsgebühr) in sinngemässer Anwendung von Art. 368 Abs. 1 OR zurückfordern. Erleidet der Besteller darüber hinaus einen Folgeschaden und bleibt die Bank ihren Exkulpationsbeweis schuldig (im Sinne von Art. 368 OR oder nach der allgemeinen Regel von Art. 97 OR²⁵⁶), so ist letztere überdies noch zur Bezahlung von Schadenersatz verpflichtet.

b) Bei Checkeinlösung

Löst die Bank den Check unter schuldhafter Verletzung ihrer Prüfungspflicht²⁵⁷ gegenüber einem unberechtigten Nehmer ein, so ist die Rechtslage gleich wie im zweiten, eben unter a) geschilderten Beispiel: da sie den geschuldeten Erfolg nicht herbeigeführt hat, muss sie dem Besteller den bereits erhaltenen Geldbetrag zurückerstatten und wird diesem analog Art. 368 Abs. 1 OR oder nach der allgemeinen Regel von Art. 97 OR schadenersatzpflichtig. "Schuldhaft" handelt sie dabei, wenn sie den Checkbetrag absichtlich oder zumindest grobfahrlässig an einen unberechtigten Nehmer auszahlt, oder wenn sie einen verfälschten Check einlöst²⁵⁸.

2. Fehlendes Verschulden der Bank

a) Bei Checkeinlösung

Löst die Bank den Check gegenüber einem nichtberechtigten Nehmer ein und trifft sie hiebei kein Verschulden, so liegt keine Nichterfüllung im Sinne dieses Abschnitts vor. Der Übersicht und der Abgrenzung halber wird hier jedoch auch diese Variante miteinbezogen.

Den Verkehrsbedürfnissen und der Eigenschaft des Checks als Wertpapier des öffentlichen Glaubens entsprechend, tritt der von der Bank geschuldete Erfolg je nachdem auch dann ein, wenn sie den Checkbetrag an einen Unberechtigten auszahlt. Entscheidend ist jeweils, dass sie ihren Prüfungspflichten entspricht. Die gutgläubige Checkeinlösung gegenüber einem Nichtberechtigten erfolgt also in gehöriger Erfüllung des Bankcheckausstellungsvertrags. Entsteht für den Besteller dadurch ein Schaden, kann er sich somit nicht bei der Bank schadlos halten.

Gegenüber der unter Z. 1 dargelegten Schadenstragung besteht hier nur ein scheinbarer Widerspruch: entscheidend ist jeweils, ob der von der Bank geschuldete Erfolg eintritt oder nicht. Ist dies nicht der Fall, so rechtfertigt die Interessenlage eine Schadenstragung durch letztere, da sie es in den Händen hat, einen Verlust zu verhindern. Solche Fälle schuldloser Nichteinlösung dürften jedoch eher selten sein, da die Bank hier regelmässig ein

²⁵⁶ Keller 345.

²⁵⁷ Vgl. III 2 und 3 dieses §.

²⁵⁸ Vgl. III 2 und 3 dieses §.

Verschulden trifft. Besteht der Verdacht einer Nichtberechtigung, ist sie ohne weiteres zu näheren Nachforschungen verpflichtet. In dem unter diesem Abschnitt betrachteten Fall hingegen rechtfertigt sich eine Schadenstragung durch den Besteller, da der von der Bank geschuldete Erfolg eingetreten ist: wer sich Wertpapiere des öffentlichen Glaubens zu Nutzen macht, muss auch damit rechnen, dass der darin verbriefte Anspruch infolge der Rechtsscheinsgrundsätze einem Unberechtigten zufällt.

Löst die Bank einen verfälschten Check ein, so trifft sie grundsätzlich immer ein Verschulden²⁵⁹: erleidet der Besteller dadurch einen Schaden, so kann er die Bank im Umfange seines Erfüllungsinteresses belangen.

b) Bei Nichteinlösung des Checks

Was die Nichteinlösung betrifft, so kann auf das eben unter 1 a) Gesagte verwiesen werden, wo auch die Voraussetzungen für eine Haftung der Bank bei fehlendem Verschulden behandelt wurden.

c) Unverschuldete Unmöglichkeit

Die Einlöschungspflicht der Bank gleicht insofern einer Speziesschuld, als sie an das Vorhandensein eines Checks gebunden ist. Sobald also der Check untergeht, kann sie ihrer Pflicht aus dem Bankcheckausstellungsvertrag gar nicht mehr entsprechen. Trifft die Bank am Untergang der Urkunde kein Verschulden, so wird sie infolge unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung gemäss Art. 119 OR frei. Als Beispiel sei die richterliche Kraftloserklärung²⁶⁰ genannt, welche die Checkurkunde und das darin verbriefte Recht entwertet (Art. 1079 Abs. 1 OR).

Selbstverständlich kann der Besteller von der Bank nicht mehr die Einheitsgebühr zurückverlangen, welche er für die bereits erfolgte Checkausstellung vorleisten musste. Die Unmöglichkeit der Leistung bezieht sich hier bloss auf die Checkeinlösung; den bereits geleisteten Checkbetrag kann der Besteller von der Bank deshalb aus ungerechtfertigter Bereicherung (condictio ob causam finitam)²⁶¹ zurückverlangen.

Zum selben Ergebnis gelangt man in dem Falle, wo die Unmöglichkeit der Leistung durch einen vom Besteller zu vertretenden Umstand herbeigeführt wurde: in analoger Anwendung von Art. 378 Abs. 1 OR hat die Bank einen Anspruch auf Vergütung der bereits vollzogenen Checkausstellung (Einheitsgebühr); den erhaltenen Checkbetrag muss sie aber aus ungerechtfertigter Bereicherung wieder herausgeben.

²⁵⁹ Vgl. III 3 dieses §.

²⁶⁰ Vgl. § 27 I.

²⁶¹ Von Tuhr/Peter 133f.

2. Abschnitt: Die Rechtsstellung des Bestellers

§ 24 Die Pflichten des Bestellers

Die Hauptpflicht des Bestellers besteht in der Vergütung der durch die Bank zu vollziehenden Checkausstellung bzw. -einzahlung: neben dem Checkbetrag muss er für allfällige Nebenkosten (z.B. eingeschriebener Versand des Checks durch die Bank) aufkommen und eine bescheidene Einheitsgebühr entrichten, die unabhängig ist von der Höhe des Checkbetrages.

Diese Leistung wird dadurch gekennzeichnet, dass der Besteller in der Regel zur Vorleistung der Vergütung verpflichtet ist; die Bank entspricht ihrer vertraglichen Verpflichtung erst nach Erhalt des Bargeldbetrages bzw. nach Belastung des Bestellerkontos.

Nach Sinn und Zweck des Bankcheckausstellungsvertrags sowie nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 2 ZGB) erwachsen auch dem Besteller gewisse Nebenpflichten. So darf er nichts tun oder unterlassen, was die Leistung der Bank in irgendeiner Weise verunmöglicht oder beeinträchtigt.

Gleich wie der Kunde beim Checkvertrag²⁶² muss der Besteller den erworbenen Check sorgfältig aufbewahren. Das Abhandenkommen muss er der Bank unverzüglich mitteilen, damit eine missbräuchliche Verwendung vermieden werden kann. Es würde aber zu weit führen, dem Besteller die Pflicht aufzubürden, die Zuverlässigkeit des ersten Checknehmers zu überprüfen. Eine solche Prüfungspflicht würde — gleich wie beim Kundencheckvertrag²⁶³ — der Eigenart des Checks als schnell realisierbares Zahlungspapier widersprechen.

Ein Verschulden bei der Weiterbegebung des Checks könnte deshalb erst darin erblickt werden, dass der Besteller den Check absichtlich einer unzuverlässigen Person (z.B. Fälscher) überreicht. Bei Verletzung dieser Pflichten muss der Kunde (Besteller) den Schaden tragen, der hiebei entsteht.

²⁶² Wentzel 56; Baumbach/Hefermehl, Art. 3 SchG N 8.

²⁶³ Baumbach/Hefermehl, Art. 3 SchG N 8.

§ 25 Obliegenheiten

Stellt der Besteller Mängel am erhaltenen Check fest, so muss er gewisse Empfängerobliegenheiten erfüllen, um die Bank zur Sachgewährleistung verpflichten zu können: Weist der Check inhaltliche oder rechtliche Mängel auf, so kann der Besteller von der Bank gemäss Art. 368 OR je nach Nützlichkeit Wandelung, Minderung oder kostenlose Nachbesserung und bei Verschulden überdies Schadenersatz verlangen²⁶⁴.

Erfüllt die Bank ihre Einlöschungspflicht überhaupt nicht oder in nichtgehöriger Weise, so kann der Besteller sie unter den vorne²⁶⁵ genannten Voraussetzungen zur Rechenschaft ziehen.

²⁶⁴ § 22 II.

²⁶⁵ Vgl. § 23 IV.

5. Kapitel

Probleme der Vertragsbeendigung

§ 26 Gehörige Erfüllung und unverschuldete Nichterfüllung

Die durch den Bankcheckausstellungsvertrag begründete Checkausstellungspflicht der Bank erlischt mit deren erfolgreichen Ausführung (Art. 114 Abs. 1 OR). Die Einlösungspflicht wird in gehöriger Weise bewirkt, wenn die Bank den Checkbetrag unter Wahrung der ihr obliegenden Prüfungspflichten auszahlt (Art. 1121 bzw. Art. 103 Abs. 3 OR i.V. mit Art. 114 Abs. 1 OR). Normalerweise erlischt also das ganze Schuldverhältnis mit der Einlösung des vorgelegten Checks.

Ausserdem ist eine Vertragsbeendigung ohne Checkeinlösung möglich, an die sich eine Liquidation der aus der bisherigen Vertragsausführung entstandenen Ansprüche anschliesst: ist die Nichtpräsentierung des Checks durch einen Umstand bedingt, den die Bank nicht zu vertreten hat, wird sie von der Einlösungspflicht befreit, so dass die richtige Ausführung auf die weisungsgemässe Checkausstellung beschränkt bleibt (Art. 119 OR)²⁶⁶. Den bereits geleisteten Checkbetrag kann der Besteller aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen (Art. 119 Abs. 2 OR).

²⁶⁶ Vgl. § 23 IV 2 c, ferner § 27 I 2b bb).

§ 27 Ausserordentliche Beendigung

I. Gerichtliche Kraftloserklärung

Entgegen dem strengen Wortlaut von Art. 965 OR bezweckt das gerichtliche Kraftloserklärungsverfahren, dem aus einem Wertpapier Berechtigten trotz Verlust oder Zerstörung der Urkunde sein Recht aus derselben durch gerichtliches Urteil zu bewahren.

An dieser Stelle soll untersucht werden, wer im Verkehr mit trassierten eigenen Bankchecks berechtigt ist, ein solches Verfahren zu beantragen und welches dabei die Auswirkungen auf den Bankcheckausstellungsvertrag sind. Für das gerichtliche Kraftloserklärungsverfahren als solches wird auf die Literatur verwiesen²⁶⁷.

1. Die Antragsberechtigung zur Kraftloserklärung

Gemäss Art. 971 OR²⁶⁸ kann eine Kraftloserklärung verlangen, "wer zu der Zeit des Verlustes oder der Entdeckung an dem Papier berechtigt ist".

a) Der Checknehmer

Selbstverständlich ist jeder Checknehmer, dem die Urkunde abhanden gekommen ist, aktivlegitimiert, beim zuständigen Richter die Kraftloserklärung zu beantragen. Im Normalfall soll ja das Kraftloserklärungsurteil einem Nehmer ermöglichen, trotz fehlendem Besitz seine Berechtigung aus dem Papier zu bewahren.

b) Der Besteller

Denkbar ist auch, dass dem Besteller der Check abhanden kommt, bevor er diesen an den ersten aus der Urkunde berechtigten Nehmer übertragen hat. Es steht ausser Zweifel, dass auch er, obwohl nicht *aus* dem Papier berechtigt, beim Richter die Kraftloserklärung beantragen kann. Dafür spricht schon der Wortlaut von Art. 971 Abs. 2 und Art. 1074 Abs. 2 OR, wonach

²⁶⁷ Zimmermann, 1. Anh. Art. 1143 OR Z. 19; Vieli 204ff.; ferner Strohmeier Friedrich Werner, Die gerichtliche Kraftloserklärung der Wertpapiere im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1952; Jäggi, Art. 971 – 973 OR.

²⁶⁸ Art. 971 Abs. 1 OR legt einen allgemeinen wertpapierrechtlichen Grundsatz fest und gilt auch für den Wechsel und den Check, vgl. Zimmermann, 1. Anh. zu Art. 1143 OR Z. 19 N 10 a.

bloss das Recht *am* Papier (der “Besitz”) zur Aktivlegitimation vorausgesetzt wird²⁶⁹. Nach herrschender Lehre ist denn auch nicht nur der Eigentümer im Zeitpunkt des Verlustes “berechtigt”, sondern auch jeder beschränkt dinglich Berechtigte (Nutzniesser, Retinent) und sogar, wer lediglich auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses (z.B. Mandatar, Kommissionär, Depositar etc.) Papierbesitzer ist²⁷⁰. Es wurde bereits weiter vorne²⁷¹ dargelegt, dass der Besteller bis zum Zeitpunkt der endgültigen Begebung an den ersten Nehmer — ungeachtet seiner fehlenden Berechtigung aus dem Papier — alleiniger Eigentümer der Urkunde ist und dementsprechend selbständig darüber verfügen darf. Seine “Berechtigung” im Sinne von Art. 971 Abs. 2 und Art. 1074 Abs. 2 OR ist somit eindeutig, zumal ja er das Papier im voraus finanziert hat.

2. Die Wirkungen auf den Bankcheckausstellungsvertrag

a) Bei Vorlegung des Checks

Wird der Check vom Inhaber innerhalb der Frist (Art. 1076 OR) vorgelegt, wird das Kraftloserklärungsverfahren unterbrochen. Gesuchsteller und Inhaber müssen sich in einem gewöhnlichen Vindikationsprozess auseinandersetzen, dessen Ergebnis durch Art. 1112 OR bestimmt wird²⁷². Gemäss Art. 930 ZGB setzt der Richter dem Gesuchsteller eine Frist zur Besitzrechtsklage²⁷³.

Unterlässt der Gesuchsteller die Herausgabeklage, so hebt der Richter das dem Bezogenen auferlegte Zahlungsverbot auf und gibt den Check dem Erwerber zurück (Art. 1078 Abs. 2 OR). Dieser kann jetzt die Urkunde bei der Bank einlösen.

Für die Einlösungspflicht der Bank aus dem Bankcheckausstellungsvertrag ändert dies zur Hauptsache nichts. Grundsätzlich handelt die Bank immer schuldhaft, wenn sie den Check trotz Zahlungsverbot (Art. 1072 Abs. 1 OR) einlöst. Solange das Kraftloserklärungsverfahren läuft, ruht auch ihre Einlösungspflicht gegenüber dem Gesuchsteller.

Je nach Ausgang des Verfahrens schliesslich muss sie den Checkbetrag an den Gesuchsteller oder den gutgläubigen Drittnnehmer auszahlen. Die Stellung der Bank ist jetzt insofern günstig, als ihr die Prüfungspflicht weitgehend durch das Urteil bzw. das Verfahren (wenn es zu keiner Herausgabe-

²⁶⁹ Vieli 207. Auch Art. 971 Abs. 2 OR kann zur Auslegung der Art. 1072ff. OR herbeigezogen werden, vgl. Zimmermann, I. Anh. zu Art. 1143 OR Z. 19 N 10 b.

²⁷⁰ Meier-Hayoz, Wertpapierrecht, Vorlesungsskriptum 4. A. Zürich 1970; Strohmeier 48f.; Vieli 206f.; Zimmerli 50ff.; Zimmermann, I. Anh. Art. 1143 OR Z. 19 N 10.

²⁷¹ Vgl. § 8 III.

²⁷² Vieli 211.

²⁷³ Vieli 212; sämtliche richterlichen Massnahmen wie Zahlungsverbot, Zurückbehaltung des präsentierten Checks etc. bleiben bis zum Ende des Prozesses natürlich aufrecht erhalten.

klage kommt) abgenommen wurde. Sie darf von der Berechtigung des Einreichers ausgehen, ist jedoch immerhin nicht gänzlich von der Prüfungspflicht entbunden (Art. 966 Abs. 2 OR). Theoretisch ist es nach wie vor möglich, dass ein Nichtberechtigter den Check präsentiert; freilich muss dessen fehlende Legitimation offensichtlich sein. Dies dürfte indessen äusserst selten der Fall sein und zudem wäre hier das Kriterium der liquiden Beweisbarkeit der fehlenden Berechtigung wohl kaum gegeben²⁷⁴.

b) Bei Kraftloserklärungsurteil

Erlässt der Richter ein Kraftloserklärungsurteil, so muss unterschieden werden, ob das Verfahren von einem Checknehmer oder dem Besteller selbst beantragt worden ist.

aa) Bei Aktivlegitimation des Nehmers

Die Wirkungen eines Kraftloserklärungsurteils sind, zusammengefasst²⁷⁵ die folgenden: mit dem Kraftloserklärungsverfahren bezwecken die Parteien die Wiederherstellung des status quo ante: durch das Urteil soll der Gesuchsteller — trotz fehlender Urkunde — in die Rechtsstellung zum Zeitpunkt des Papierverlusts zurückversetzt werden.

Das Kraftloserklärungsurteil selbst hat eine positive und eine negative Wirkung:

Durch die negative, zerstörende Wirkung des Urteils wird die Urkunde ungültig, d.h. sie verliert ihren Rechtsschein und somit die Wertpapierqualität, und zwar rückwirkend, auf den Zeitpunkt des Verlusts bezogen. Die Kraftloserklärung bewirkt also, dass der Gesuchsteller sein Recht aus dem Papier immer behalten hat, während andererseits kein Dritter dieses Recht je erwerben konnte noch erwerben wird²⁷⁶.

Wichtig im Hinblick auf die Einlösungspflicht der Bank aus dem Bankcheckausstellungsvertrag ist die positive Wirkung des Kraftloserklärungsurteils, wonach der aus dem ungültigen Wertpapier Berechtigte sein Recht auch ohne Urkunde geltend machen kann; dies, falls er nicht die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangt^{276a}. Das Urteil bewirkt also, ohne selbst Wertpapierqualität aufzuweisen²⁷⁷, eine Ersatzlegitimation des Gesuchstellers. Daraus entsteht aber keineswegs eine zwingende Pflicht des Bezogenen zur Checkeinlösung. Da das Recht des Gesuchstellers aus der Urkunde

²⁷⁴ Vgl. § 23 III 2 d bb).

²⁷⁵ Umfassende Darstellung bei Vieli 213 ff.; vgl. auch Jäggi, Art. 971, 972 OR N 177 ff.

²⁷⁶ Vieli 216 bemerkt zu Recht, dass aber die Kraftloserklärung konstitutiv wirkt und nicht deklaratorisch, da im zweiten Fall ein gutgläubiger Rechtserwerb immer ausgeschlossen wäre, was wiederum dem Wertpapierbegriff widerspräche.

^{276a} Art. 972 Abs. 1 OR. Auch Art. 972 Abs. 1 OR gilt für den Wechsel und den Check, vgl. Zimmermann, Anh. Art. 1143 OR Z. 19 N 10.

²⁷⁷ Vieli 219; Zimmerli 60; Strohmeier 219; vgl. auch Zimmermann, Anh. Art. 1143 OR Z. 19 N 13.

unberührt bleibt, ersetzt es lediglich das Wertpapier durch ein neues Legitimationsmittel. Dem aus der Urkunde Verpflichteten stehen somit gegenüber dem aus dem Urteil Berechtigten sämtliche Einreden zu, die nicht bereits durch die Wertpapierqualität der verlorenen Urkunde ausgeschlossen waren²⁷⁸. Muss die Bank den Checkbetrag auf Grund eines Kraftloserklärungsurteils auszahlen, so bleibt demgemäss ihre Einlöschungspflicht aus dem Bankcheckausstellungsvertrag materiell unverändert. Kraft richterlichen Urteils schuldet sie dem Besteller die Einlösung des Checkbetrages nicht auf Grund der ungültig gewordenen Urkunde, sondern gegen Vorweisung des Kraftloserklärungsurteils oder eines neu ausgestellten Checks (Art. 972 Abs.1 OR).

Ist die Nichtberechtigung des Einreichers aber offensichtlich, so muss und darf ihm die Einlösung nach wie vor verweigert werden. Massgebend ist also gleich wie vorher Art. 1121 i.V. mit Art. 1030 Abs. 3 OR. Indessen muss auch hier das vorstehend unter a) Gesagte gelten: die Bank darf in der Regel von der Richtigkeit des Kraftloserklärungsurteils ausgehen und die Berechtigung des Ansprechers annehmen.

Zur Zahlungsverweigerung ist sie indessen berechtigt, wenn sie selbst — nach interner Vereinbarung mit dem Besteller²⁷⁹ — den Check widerrufen hat. Einem Widerruf kann auch das Kraftloserklärungsurteil nicht entgegenstehen²⁸⁰.

bb) Bei Aktivlegitimation des Bestellers

Hat der Besteller durch richterliches Urteil die Ungültigkeitserklärung der Urkunde erreicht, so kann auch er gemäss Art. 972 Abs. 1 OR sein Recht ohne die Urkunde geltend machen oder die Ausstellung einer neuen Urkunde verlangen. Entscheidet er sich für das Letztere, so bleibt die Verpflichtung der Bank aus dem Bankcheckausstellungsvertrag ebenfalls unverändert: sie schuldet dem Besteller die Einlösung des neu ausgestellten Checks, bis dieser von einem berechtigten Nehmer präsentiert wird.

Verschieden ist die Lage, wenn der Besteller auf die Ausstellung einer neuen Urkunde verzichtet: unter aa) wurde festgestellt, dass der berechtigte Verlierer durch die Ersatzlegitimation des Kraftloserklärungsurteils praktisch dieselben Rechte gegen die Bank geltend machen kann wie mit dem verlorenen Check. Seine Rechtsstellung entspricht also jener zur Zeit des Verlusts der Urkunde (Wiederherstellung des status quo ante).

Gleiches gilt für die Rechtsstellung des Bestellers: weist er sich durch ein Kraftloserklärungsurteil aus, wird er infolge der so erlangten Ersatzlegitimation in dieselbe Rechtsstellung zurückversetzt, wie zum Zeitpunkt des

²⁷⁸ Vieli 218 f.

²⁷⁹ Vgl. II 2 b dieses §.

²⁸⁰ Vieli 220.

Urkundenverlusts; da er aber nie *aus* dem Papier berechtigt war, sondern bloss dessen Eigentümer war²⁸¹, kann er von der Bank auch nicht auf diesem Wege die Checkeinlösung verlangen. Die Präsentierung des Kraftloserklärungsurteils durch den Besteller bedeutet vielmehr, dass er den bereits eingezahlten Checkbetrag von der Bank zurückverlangen darf; da für ihn gar nie ein Recht aus der Urkunde entstanden ist, darf die Bank auch keinen Check oder eine Ersatzlegitimationsbescheinigung desselben einlösen.

Für den Bankcheckausstellungsvertrag hat dies folgende rechtliche Konsequenzen: die von der Bank geschuldete Checkeinlösung ist unmöglich geworden, und zwar aus Umständen, die sie selbst nicht zu verantworten hat (Art. 119 Abs. 1 OR). Die geschuldete Rückzahlung des Checkbetrags an den Besteller auf Grund eines von diesem bewirkten Kraftloserklärungsurteils entspricht vielmehr einer Haftung der Bank aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 119 Abs. 2 OR.

3. Nachteile des Kraftloserklärungsverfahrens

Das Kraftloserklärungsverfahren ist im Checkverkehr ebenso selten wie unbeliebt. Dem Charakter des Checks als schnell realisierbares Zahlungsmittel vermag es nicht gerecht zu werden. Während das ganze Checkrecht auf eine rasche Verwertung dieses Zahlungspapiers abgestimmt ist, wirkt die schwerfällige gerichtliche Mortifikation dieser Eigenschaft entgegen²⁸². In der Regel wird die Realisierbarkeit des Checks während mindestens 3 Monaten (Art. 1076 Abs. 2 und 3 OR) aufgehoben²⁸³. Das Problem der hohen Gerichtskosten, welche immer vom Antragsteller getragen werden müssen²⁸⁴, fällt hier zwar weniger ins Gewicht als beim Kundencheckverkehr²⁸⁵. Da Bankchecks häufig auf sehr hohe Beträge lauten, würde ein Antragsteller je nachdem auch relativ hohe Verfahrenskosten in Kauf nehmen, um den Schaden im Rahmen des Erträglichen zu halten. Wie zu zeigen ist, wird in der Praxis jedoch von den Beteiligten das weniger weitgehende Institut des Checkwiderrufs durchwegs vorgezogen.

²⁸¹ Vgl. § 8 III 2.

²⁸² Vieli 223f.

²⁸³ Vieli 224.

²⁸⁴ Das Kraftloserklärungsverfahren ist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vgl. Gulden 42.

²⁸⁵ Vgl. Vieli 224f.

II. Checkwiderruf

1. Der Checkwiderruf im allgemeinen

Weitaus häufiger im Verkehr ist der Checkwiderruf (Art. 1119 OR), welcher viel besser dem Charakter des Checks als kurzfristiges Zahlungsmittel gerecht wird. In gewissem Sinne stellt der Widerruf eine private Amortisation dar, ohne jedoch dem sog. Kraftloserklärungszwang der Wertpapiere²⁸⁶ zu widersprechen. Der Widerruf bewirkt vor allem keine vollständige Entwertung des Wertpapiers, wie dies bei der gerichtlichen Mortifikation der Fall ist. Zumindest während der Vorlegungsfrist beeinflusst er die checkrechtliche Anweisung lediglich im Verhältnis Aussteller — Bezogener, ohne aber extern die Rechtszuständigkeit eines berechtigten Nehmers ändern zu können²⁸⁷. Gemäss Art. 1119 Abs. 1 OR ist ein Checkwiderruf erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist wirksam. In der Praxis wird jedoch häufig vertraglich vereinbart, dass die bezogene Bank einen Widerruf schon vor Ablauf der Vorlegungsfrist zu beachten hat²⁸⁸. Die Zulässigkeit solcher checkvertraglicher Vereinbarungen bleibe dahingestellt²⁸⁹. Ein vorzeitiger Widerruf kann jedenfalls die Rechte eines gutgläubigen Nehmers in keiner Weise berühren. Diesem bleibt es unbenommen, Protest zu erheben und sich bei dem Checkverpflichteten schadlos zu halten. Ein vorzeitiger Widerruf "entwertet" somit keineswegs den Check als Wertpapier, sondern kann einzig bewirken, dass die Zahlung nicht an einen Unberechtigten erfolgt. Nach Ablauf der Vorlegungsfrist freilich ist die Stellung des Nehmers wesentlich geschwächt, da er gegen den Aussteller nur noch aus ungerechtfertigter Bereicherung vorgehen kann.

2. Der Widerruf beim trassiert-eigenen Bankcheck

a) Das Problem

Während die Zulässigkeit eines vorzeitigen Checkwiderrufs beim Kundencheckverkehr noch heute umstritten ist, ergeben sich für den Widerruf trassiert-eigener Bankchecks diesbezüglich keine Probleme. Dieses rechtsaufhebende Gestaltungsrecht²⁹⁰ ist eigentlich gar nicht auf diese Sonderform

²⁸⁶ Jäggi, Art. 965 OR N 180; Oser/Schönenberger, Art. 90 OR N 26.

²⁸⁷ Vieli 227.

²⁸⁸ Baumbach/Hefermehl, Art. 32 SchG N 1, mit weiteren Hinweisen; beim Eurocheck verspricht die Bank jedoch unbedingt, innerhalb der Vorlegungsfrist jedem Nehmer Fr. 300.— auszus zahlen.

²⁸⁹ Vgl. dazu Vieli 104ff., insbes. 111ff.; Habicht 53ff.; Zimmermann, Art. 1119 OR N 5ff.; Rehfeldt/Zöllner 141f.; Jacobi 377ff.

²⁹⁰ Vieli 101.

des Checks zugeschnitten. Genau genommen müsste die Bank den Check sich selbst gegenüber widerrufen.

In der Einleitung zu diesem Abschnitt wurde festgestellt, dass der Checkwiderruf während der Vorlegungsfrist lediglich einen Einfluss auf das Verhältnis Aussteller — Bezogener hat. Gutgläubigen Checknehmern kann der Rückgriff auf den Aussteller nicht verwehrt werden. Beim trassiert-eigenen Bankcheck käme man im Grunde genommen auch ohne den Widerruf aus; da die bezogene Bank gleichzeitig Ausstellerin des Checks ist, verpflichtet sie sich bekanntlich direkt gegenüber den Nehmern. Ein nicht gerechtfertigter Widerruf würde dazu führen, dass sie den Berechtigten auf dem Umwege des kostspieligen Regresses befriedigen müsste. Legt jedoch ein nichtberechtigter Nehmer den Check vor, so kann die Bank die Einlösung von Rechts wegen auch ohne Widerruf verweigern.

Während der Vorlegungsfrist kann für die Bank somit einzig entscheidend sein, ob der Einreicher berechtigt ist; trifft dies zu, so ist sie — Widerruf hin oder her — von Gesetzes wegen (wenn auch auf dem Rückgriffsweg) zwingend zur Ausbezahlung des Checkbetrages verpflichtet.

Wenn die Banken in der Praxis ihre trassiert-eigenen Bankchecks widerrufen, so achten sie deshalb darauf, dass sie dadurch keinerlei Risiken eingehen müssen; insbesondere muss mit grosser Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden können, dass der Check in die Hände einer unberechtigten Drittperson gelangt ist. Dieser Umstand wirkt sich denn auch auf den Bankcheckausstellungsvertrag aus; wie zu zeigen ist, können die Banken nur dann einem Widerrufsgesuch des Bestellers entsprechen, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind.

b) Widerruf auf Grund gegenseitiger Übereinkunft mit dem Besteller

aa) Einleitung

Es ist keine Seltenheit, dass der Besteller die Bank bittet, seinen bereits in den Verkehr gesetzten Check zu widerrufen. Dieser Sachverhalt ist problematischer als der analoge Fall beim Kundencheckvertrag, denn er führt zu einer eigentlichen Interessenkollision zwischen dem Besteller und der Bank. Beim Checkvertrag kann der Kunde in seiner Eigenschaft als Checkaussteller einen direkten Einfluss auf die Urkunde ausüben, indem er die Zahlungsanweisung widerruft. Die Bank ihrerseits riskiert mit einer Zahlungsverweigerung nichts, da sie als Bezogene gegenüber dem Nehmer nicht verpflichtet ist²⁹¹.

Ungeachtet der Tatsache, dass der Besteller selbst den Check finanziert hat, ist er diesbezüglich ganz auf den guten Willen der Bank angewiesen, da

²⁹¹ Ausgenommen die Eurochecks, bei welchen die Bank bis zum Betrag von Fr. 300.— während der Vorlegungsfrist verpflichtet ist und während dieser Zeit grundsätzlich keinen Widerruf beachtet.

ja nicht er, sondern letztere die Urkunde ausgestellt hat. Die Bank ihrerseits widerruft aus den unter aa) gezeigten rechtlichen Gründen, aber auch aus wirtschaftlichen Erwägungen nur ungern ihre eigenen Checks. Bekanntlich werden Bankchecks vom Publikum ihrer erstklassigen Bonität wegen verlangt. Nur "einlösungssichere" Checks von renommierten Bankhäusern können diesem Erfordernis entsprechen. Es verwundert darum auch nicht, dass die Banken das Vertrauen ihres Publikums in ihre Checks nicht durch grundlosen Widerruf enttäuschen wollen. Da für die Güte eines Checks in erster Linie nicht rechtliche, sondern wirtschaftliche Faktoren massgebend sind, zirkulieren "Prima"-Bankchecks z.T. noch Jahre nach Ablauf der Vorlegungsfrist²⁹². Einem Widerrufsgesuch des Bestellers wird deshalb selbst nach Ablauf der Vorlegungsfrist — wenn die Bank also nur noch aus ungerechtfertigter Bereicherung haftet — bloss unter gewissen Voraussetzungen stattgegeben.

bb) Voraussetzungen des Widerrufs

Aus dem Gesagten, sowie aus der Eigenart des Bankcheckausstellungsvertrags folgt, dass die Bank grundsätzlich nicht verpflichtet sein kann, ihre Checks auf einseitige Weisung des Bestellers hin widerrufen zu müssen. Dazu ist ihre vertragliche Stellung zu selbständig. Der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung entspricht es, dass die Bank den Check, sobald er einmal in den Verkehr gesetzt ist, auf Grund ihrer gesetzlichen Verpflichtung einzulösen hat.

Die Banken können deshalb nicht jedem Widerrufsgesuch des Bestellers entsprechen. Dieser kann sich z.B. nicht darauf berufen, der erste Nehmer befinde sich ihm gegenüber im Schuldnerverzug oder habe seine Verpflichtungen aus dem Grundverhältnis nicht gehörig erfüllt²⁹³. Ein Widerruf fällt also zum vorneherein nur da in Betracht, wo die Bank dem Nehmer die Einlösung mittels einer Einrede²⁹⁴ verweigern kann. Dies wird meistens dann der Fall sein, wenn der Check dem Besteller abhanden gekommen ist oder gestohlen wurde; allgemein muss damit gerechnet werden können, dass ein nichtberechtigter Nehmer auf missbräuchliche Weise (vgl. Art. 1007 OR) versuchen wird, den Check einzulösen.

Unter solchen Voraussetzungen erklärt sich die Bank bereit, den Check zu widerrufen — freilich nur auf Grund einer ausdrücklichen Vereinbarung mit dem Besteller. Eine solche Vereinbarung hat in der Regel den folgenden Inhalt: Die Bank verpflichtet sich, dem Besteller den vorgeleisteten

²⁹² Vgl. § 2 I 1 und 2.

²⁹³ Vgl. § 20 I 1 b.

²⁹⁴ Vgl. § 20 I 2.

Checkbetrag zurückzuerstatten²⁹⁵ und gleichzeitig den Check zu widerrufen. Ferner sichert sie dem Besteller zu, bei einer allfälligen Präsentierung den Check nicht einzulösen, ohne vorher dessen Einverständnis eingeholt zu haben.

Der Besteller seinerseits muss sich der Bank gegenüber mittels einer schriftlichen Erklärung regresspflichtig erklären für den Fall, dass diese den Check an einen gutgläubigen Erwerber trotzdem einlösen muss, insbesondere auch für die Bezahlung aller Folgen einer verspäteten Einlösung (Spesen, Verzugszins, Gerichts- und Verfahrenskosten etc.). Sollte gegen die Bank infolge des Widerrufs oder der Nichtbezahlung ein Prozess eingeleitet werden, verpflichtet sich der Besteller weiter, für den Streitwert sowie die mutmasslichen Kosten unverzüglich volle Deckung anzuschaffen. Gegebenenfalls muss er auf das Verlangen der Bank in ihre Rechtsstreitigkeiten eintreten und dieselben gestützt auf eine Streitverkündung der Bank übernehmen. Für den Unterlassungsfall muss der Besteller der Bank die Berechtigung zugestehen, eine Klage anzuerkennen, und den eingeklagten Betrag sowie sämtliche Nebenkosten zu seinen Lasten zu bezahlen.

Was die Nachweisbarkeit der Voraussetzungen für einen Widerruf (Verlust, Diebstahl, Missbrauchsgefahr) betrifft, dürfen die Banken nicht allzu strenge Anforderungen stellen. Wegen der schwierigen Beweislage wäre dies unzumutbar und würde Treu und Glauben widersprechen. Die vom Besteller zu leistende schriftliche Erklärung gibt andererseits Gewähr dafür, dass dieser wirklich nur dann von der Bank den Widerruf verlangt, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben sind.

cc) Rechtsnatur der Vereinbarung

Die zwischen dem Besteller und der Bank getroffene Vereinbarung lässt sich in einen Haupt- und einen Nebenzusatz gliedern:

Der Hauptpunkt besteht im Checkwiderruf durch die Bank unter gleichzeitiger Rückerstattung des Checkbetrages an den Besteller. M.a.W. wird der Bankcheckausstellungsvertrag durch gegenseitige Übereinkunft (*contrarius consensus*) im Sinne von Art. 115 OR aufgehoben.

Da die Bank trotz des Widerrufs extern in einer gesetzlichen Einstandspflicht verbleibt, muss sie sich zusätzlich zu diesem Aufhebungsvertrag mittels gewisser Nebenvereinbarungen absichern: So verspricht die Bank, den Besteller von einer allfälligen Präsentierung des Checks zu benachrichtigen und den Check nicht ohne sein Einverständnis einzulösen. Diese Pflicht wird nur der Klarheit halber in die Vereinbarung aufgenommen und ergibt sich eigentlich schon unmittelbar aus dem Aufhebungsvertrag. Der Besteller ist natürlich je nachdem daran interessiert, dass der Check

²⁹⁵ Dies ist der Normalfall. Ist die Solvenz des Bestellers jedoch ungewiss und lautet der Check auf einen sehr hohen Betrag, behalten sich die Banken je nachdem vor, einen Teil oder sogar den ganzen Checkbetrag vorläufig als Sicherheit zurückzubehalten.

sofort eingelöst wird, weil dadurch unnötige Mehrkosten erspart werden können.

Der Nebenpunkt der Vereinbarung besteht sodann in der Zusicherung des Bestellers, für alle der Bank aus dem Widerruf erwachsenden Kosten einzustehen. Diese vom Besteller zu unterzeichnende Erklärung wird in Bankenkreisen Revers oder Schadloserklärung genannt.

Dogmatisch — konstruktiv stellt ein solcher Revers eine Auflage dar, welche mit dem Aufhebungsvertrag verbunden ist.

Als Auflage ist der Revers für die Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags grundsätzlich ohne Bedeutung²⁹⁶, er begründet jedoch eine Verpflichtung des Bestellers. Rechtlich hat dies folgende Konsequenzen:

Erfüllt der Besteller die Auflage nicht, so kann er dazu mittels Klage der Bank gezwungen werden²⁹⁷. Entsprechend der getroffenen Vereinbarung wäre dies dann der Fall, wenn die Bank den Check nach Rückfrage beim Besteller und mit dessen Einverständnis einlösen würde. Sollte sich nun der Besteller diese Einlösung nicht anrechnen lassen, so könnte die Bank ihn dazu klageweise anhalten.

Verweigert hingegen der Besteller der Bank die Vorschichtung mutmasslicher Prozesskosten, so kann diese auf die von ihr zugesicherte Leistung (Führung eines Prozesses) verzichten, indem sie die gegen sie erhobene Klage anerkennt und den eingeklagten Betrag bezahlt. In diesem zweiten Fall entfällt also die von der Bank versprochene Leistung infolge "Nichterfüllung der Auflage als auflösende Bedingung"²⁹⁸.

²⁹⁶ Vgl. Bucher 459.

²⁹⁷ Bucher 459, mit Verweis auf Oser/Schönenberger, Vorbem. zu Art. 151 bis 157 OR N 22.

²⁹⁸ Bucher 459.

Lebenslauf

Geboren wurde ich am 24.12.1954 in Solothurn, wo ich auch die Schulen besuchte. 1973 bestand ich an der Kantonsschule Solothurn die Maturitätsprüfung (Typus B). Nach insgesamt 9 Semestern Studium an den Universitäten Genf und Zürich wurde ich am 15. Februar 1978 in Zürich zum lic. iur. promoviert. In den Jahren 1979 und 1980 arbeitete ich die vorliegende Dissertation aus. 1981 absolvierte ich an den verschiedenen Gerichts- und Verwaltungsstellen des Kantons Solothurn das Fürsprecher- und Notariatspraktikum. Am 24. Februar 1982 erfolgte meine Promotion zum Dr. iur.

